TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

TRATADO DE DIREITO PRIVADO- TOMO II- BENS. FATOS JURÍDICOS

Parte Geral

Tàbua Sistemática das Matérias

Parte II

Bens

Capítulo 1

Elementos Objetivos do Suporte Fático

§ 113. Conceito de objeto de *direito.* 1. Coisa e objeto de direito. 2. Interpersonalidade das relações jurídicas

§ 114. *Análise das atitudes.* 1. Crítica às atitudes da doutrina. 2. Terceira atitude. 3. Objeto de direito in *abstracto. 4.* Interesse e objeto de direito

§ 115. Conceito *de* coisa. 1. Objeto e coisa. 2. Coisas simples e coisas compostas. 3. Direitos objeto de direitos

§ 116. O corpo *humano* e o direito. 1. Homem vivo e cadáver. 2. Parte do corpo. 3. Partes corporais artificiais. 4. Cadáver humano

§ 117. *Objeto de direito.* 1. Conteúdo do conceito. 2. Relação jurídica e objeto. 3. Classificação dos direitos por seu objeto.4. Coloração do objeto como elemento do suporte fático. 5. Coisas corpóreas e coisas incorpóreas

§ 118. Conceito *de* bens. 1. “Bem”, no Código Civil. 2. Iniciativa como bem

§ 119. *Valor* e *objeto de* direito. 1. Valor. 2. Determinação do valor

Capítulo II

Espécies de Coisas e de Bens

§ 120. Coisas fungíveis e coisas não-fungíveis. 1. Conceitos.2. O art. 50 do Código Civil

§ 121. *Coisas consumíveis* e coisas inconsumíveis. 1. Conceitos. 2. Consumibilidade por destino. 3. Precisão de conceitos

§ 122. *Dinheiro.* 1. Conceitos. 2. Espécies de dinheiro. 3. Consumibilidade

§ 123. Nomes das coisas. 1. Coisas têm nome. 2. Espécies. 3. Escolha do nome das coisas. 4. Direitos oriundos do nome das coisas

§ 124. *Bens imóveis.* 1. Conceito. 2. Partes integrantes. 3. Bens imóveis por lei

§ 125. Bens *móveis.* 1. Conceito. 2. Bens móveis por lei. 3. Materiais de construção

§ 126. *Coisas divisíveis* e coisas *indivisíveis.* 1. Conceitos. 2. A definição do Código Civil

§ 127. Partes integrantes. 1. Conceito de parte integrante. 2. Coisa e parte integrante. 3. Todo e conceito de todo. 4. Produtos do prédio. 5. Incorporação permanente ao solo. 6. Coisas em par. 7. Partes integrantes e coisas simples. 8. Parte integrante essencial e natureza da coisa. 9. Plantações e sementeiras. 10. Partes integrantes não-essenciais. 11. Direitos reais

§ 128. Partes integrantes *essenciais* do *imóvel.* 1. O art. 43, 1 e II. 2. Parcialização, segundo o art. 43, 1. 3.

Parcialização segundo o art. 43,11. 4. Natureza das regras juridicas do art. 43, 1 e II. 5. Art. 43, III

§ 129. *Falsas partes* integrantes. 1. Arg. ao art. 43,1 e II. 2. União e parcialização verdadeira ou falsa. 3.

Princípio da oposição entre o exercício de direito e a parcialização

19

8

§ 130. Direitos reais partes integrantes. 1. Parcialização de direitos reais. 2. Conseqüências jurídicas. 3.

Precisão de conceitos

§ 131. *Desintegração e mobilização.* 1. Transitoriedade da integração. 2. Pressuposto da desimobilização. 3.

O art. 46. 4.Direito à sucessão aberta

§ 132. Direitos *reais bens* imóveis. 1. Direitos reais. 2. Pertença 20

9

§ 133. Ações bens *imóveis.* 1. Ações que asseguram direitos reais. 2. Ações possessórias. 3. Ações do locatário

§ 134. Coisas simples e coisas compostas. 1. Conceitos. 2. “Singulares” e “coletivas”

§ 135. Coisas singulares e coisas coletivas, bens *singulares e* bens coletivos. 1. Bem coletivo. 2.

Universalidades. 3. *Universitas* facti e *universitas* iuris

§ 136. Coisas fora *do* comércio. 1. Conceituação. 2. Crítica

§ 137. Coisas presentes e coisas futuras. 1. Conceito. 2. Posse e coisa futura

§ 138. *Relação de* secundariedade. 1. Acessoriedade. 2. Uso do tráfico

§ 139. Produtos, frutos e benfeitorias. 1. Três conceitos. 2. Frutos *e* pedenças. 3. Obras aderidas

§ 140. *Frutos.* 1. Conceito de frutos. 2. Lugar próprio na sistemática do direito privado. 3. Partes do solo. 4.

Direito romano e o partus ancillae. 5. Vegetais. 6. Frutos civis. 7. Fruto e valor 8. Fruto e dimensão do tempo. 9. Frutos e diminuições do bem. 10. Separação dos frutos. 11. Fruto de direito. 12. Lucro e frutos

§ 141. Minas. 1. Antecedentes legislativos. 2. Minas, conceituação. 3. Subsolo e minas. 4. Regalia mineira e principio da livre pesquisa. 5. Principio da livre pesquisa

§ 142. *Coisas principais e* coisas *secundárias.* 1. O art. 58. 2. Interpretação dos arts. 58 e 64. 3. Pertença

§ 143. *Pertenças.* 1. Conceito de pertença. 2. Distinções necessárias. 3. O Direito anterior e o Código Civil

§144. Fonte da pertinencialidade. 1. Ato-fato jurídico. 2. Direito suíço. 3. Poder de disposição e pertinencialidade

§ 145. *Relação* de pertinencialidade. 1. Natureza da relação. 2.Pressupostos da pertinencialidade. 3. Rim da utilização. 4. Reação espacial. 5. Uso do tráfico

§ 146. Ônus da prova. 1. Regra sobre o ônus da prova. 2. Presunção

§ 147. *Efeitos* jurídicos *da* pertinencialidade. 1. Critica à expressão. 2. Origens

§ 148. *Extinção* da pertinencialidade. 1. Desaparição de pressuposto. 2.

Direito luso-brasileiro

§ 149. Conceito *de parapertinencialidade.* 1. Coisas e direitos. 2. Parapertinencialidade

§ 150. Bens *privados* e bens *públicos.* 1. Conceitos no direito brasileiro. 2. O art. 69. 3. Bens de uso comum do povo. 4. Bens do art. 66,11. 5. Bens do art. 66,111. 6. Bens públicos stricto *sensu*

§ 151. Bens *de* todos. 1. Conceitos. 2. O art. 66,11. 3. Uso comum

§ 152. *Inalienabilidade dos bens públicos.* 1. Conceito de inalienabilidade. 2. Bens legalmente inalienáveis.

3. Inalienabilidade absoluta. 4. Alcance da cláusula de inalienabiidade. 5. Cessação de inalienabilidade

§ 153. *A* energia elétrica e o direito. 1. Natureza do bem. 2. Vacilações. 3. Classificação **Capítulo III**

Sub-rogação

§ 154. Conceito de sub-rogação . 1. Sub-rogar 2. Princípio de sub-rogação. 3. Análise do fato da subrogação. 4. Operação sub-rogatória. 5. Pressupostos e eficácia

Capítulo IV

Bens Públicos e Destinação

§ 155. Uso *dos* bens *públicos.* 1. Conteúdo do art. 66. 2. Dever de cuidar. 3. Vias públicas por ato de particulares. 4. Alteração, substituição e supressão da via pública. 5. Águas públicas. 6. Uso comum de águas

§ 156. *Águas* e *margens.* 1. Conceito e espécies de águas. 2. Águas comuns. 3. Margens, bem público, e margens, bens particulares. 4. Medidas administrativas nas margens dos bens públicos. 5. Indenização pelos proprietários das margens. 6. Ônus da prova. 7. Responsabilidade da entidade de direito público **Capítulo V**

Coisa Fora do Comércio e Limitações à Propriedade

§ 157. Coisas fora do comércio. 1. Conceito romano. 2. Coisas não-suscetíveis de ser objeto de direito e outros conceitos. 3. Fontes da extracomercialidade

§ 158. Bens de *valor* histórico *e* artístico. 1. Tombamento de bens de valor histórico ou artístico. 2. Gravação de bens tombados. 3. Privilégio especial. 4. Direito de vizinhança. 5. Infrações da lei administrativa e medidas a serem tomadas. 6. Entidades estatais

Parte III

Capítulo 1

257

Fatos Jurídicos

259

159. Conceito de fato *jurídico.* 1. Fatos do mundo e fatos de direito. 2. Entrada no mundo jurídico. 3.

Classificação dos fatos jurídicos

260

Capítulo II

Fatos Jurídicos e Fatos Jurídicos *Stricto Sensu*

264

§ 160. *Fatos jurídicos e* fatos jurídicos stricto sensu. 1. Conceito. 2. Efeitos dos fatos jurídicos stricto sensu

§ 161. Vida humana, 1. Concepção e nascimento do homem. 2.

Sexo. 3. Duração da vida. 4. Defeitos

fisiológicos. 5. Ausência. 6. Parentesco. 7. Morte. 8. O fato de sobreviver a outrem

§ 162. Fatos jurídicos e fatos jurídicos ilícitos. 1. Conceito de fatos jurídicos ilícitos. 2. Ato-fato jurídico ilícito

268

§ 163. *Espécies* de fatos jurídicos *ilícitos.* 1. Análise das espécies. 2.Ofensa a direitos absolutos **Capítulo IV**

Atos Ilícitos *Lato Sensu*

280

§ 164. Conceito lato de ilicitude. 1. Ilicitude e reparação, insuperponibilidade conceptual. 2. Atos ilícitos stricto sensu. 3.Atos ilícitos caducificantes. 4. Atos ilícitos relativos

§ 165. Generalidades sobre *o ilícito* lato sensu. 1. Definição. 2.Ato e omissão (ato negativo). 3. Proteção pelo 283

direito e contrariedade a direito. 4. A chamada culpa in contra *hendo*

287

***I.Atos ilícitos* stricto sensu**

§ 166. Conceitos e elementos do suporte fático. 1. Atos ilícitos stricto sensu, elemento diferencial. 2. Ilícito 290

absoluto e ilícito relativo. 3. Espécies fronteiriças

II.Atos ilícitos caducificantes

§ 167. *Posição* do problema. 1. Caducidade, espécie de preclusão. 2. Espécies

§ 168. Conceito de caducidade. 1. Cair e decair 2. Direito de resolução e caducidade. 3. Cláusulas cassatórías e privativas

III . Atos *ilícitos* relativos

§ 169. Conceito. 1. Fato ilícito e ato ilícito relativos. 2. Composição do ato ilícito relativo

§ 170. Pluralidade de regras jurídicas (ilícito absoluto e ilícito relativo). 1. Multiplicidade de incidências. 2.

Teorias a respeito da pluralidade das regras jurídicas. 3. Cumulação e escolha 21

§ 171. Solução da questão. 1. Natureza das relações jurídicas. 2.Análise das espécies. 3. Aparente contradição entre regras jurídicas. 4. Falsa alternatividade

§ 172. Impossibilidade superveniente, culposa, da prestação. 1.Culpa e obrigação preexistente. 2.

Impossibilidade parcial. 3.

Concorrência de efeitos jurídicos e impossibilidade. 4. Estado de necessidade.

5. Concorrência polarizada de interesses. 6. Dificuldade extraordinária. 7. Indenização; pretensão primária e 318

pretensão secundária. 8. Obrigações genéricas. 9. Obrigações específicas. 10. Impossibilidades objetivas externas

§ 173. Inadimplemento simples ou violação negativa da pretensão, 1. Conceito de inadimplemento. 2.

333

Violação negativa. 3. Precisão de conceitos: violação negativa de obrigação negativa e de obrigação positiva.

4. Violação negativa do dever de omissão. 5. O art. 961 do Código Civil

§ 174. Violação positiva por ato ilícito relativo (adimplemento ruim e quebra *da* promessa). 1. As duas espécies de violação. 2. Quando a violação é positiva. 3. Violação positiva e violação negativa de obrigação de não fazer. 4. Reparação

335

§ 175. Conceito de culpa. 1. Elemento fático da culpa. 2.Causa e culpa. 3. Culpa e liberdade

§ 176. Espécies de culpa. 1. Dolus e “culpa”. 2. Direito privado e direito penal

§ 177. Conceito de dolo. 1. Dolo como elemento fático. 2. Previsão e vontade, distinção necessária. 3.

Ligação do ato à contrariedade a direito; erro de direito e dolo. 4. Consciência da contrariedade a direito

§ 178. Graus de negligência. 1. Cuidado e negligência. 2. Medida do cuidado; espécies de diligência. 3.

Princípio primitivo da responsabilidade pelo dolo e princípio da responsabilidade pela culpa. 4. Atividade profissional e natureza do ato, como elementos agravativos. 5. Agravação negocial de diligência. 6. Omissão negligente. 7. Negligência, critério objetivo e abstrato na apreciação. 8. Sobreestimação de si próprio. 9.

Ignorar o direito é negligência, embora possa não haver dolo no erro de direito. 10. Princípio da suficiência 340

de qualquer culpa

§ 179. Caso fortuito e força maior. 1. Conceitos. 2. Força maior e caso fortuito como pré-eliminadores da suficiência do suporte fático

35

350

§ 180. Imputabilidade. 1. Conceito de imputabilidade. 2. Responsabilidade civil e responsabilidade penal. 3.

3

Culpa e responsabilidade; responsabilidade sem culpa

§ 181. *Culpa in abstracto e culpa in concreto*. 1. Suporte fático e

negligência. 2. Dever de diligência defesa.

Capitulo V

Pré-exclusão da Contrariedade a Direito

§ 182. Conceito da pré-exclusão da contrariedade *a* direito. 1. Contrariedade direito, elemento do suporte fático. 2. Espécies de pré-exclusão da contrariedade a direito

***1*. Legítima Defesa**

§ 183. Conceito e *limites* da legítima defesa. 1. Autodefesa e autotutela. 2. Natureza da regra jurídica sobre legítima defesa. 3. Princípio da proporcionalidade do dano ao perigo. 4. Atos de autoridade pública e legítima defesa. 5. Se existe direito subjetivo à legitima defesa. 6. Incapacidade absoluta e legítima defesa 7. Legítima defesa própria e legítima defesa alheia. 8. Lentidão na conceituação da legítima defesa

§ 184. Proporção ao perigo e limitação da defesa. 1. Principio da proporcionalidade e princípio da limitação da defesa. 2. Determinação objetiva da proporção

II.Exercício regular de direito

§ 185. Conceituação e problema técnico. 1. Exercício regular de direitos, colisão de direitos e principios para solução. 2. Tese, antítese e síntese. 3. No direito das obrigações. 4. Realização do conteúdo do direito. 5.

Rejeição da tese da absolutidade

1II.Estado de necessidade

§ 186. Conceituação *e* problema técnico. 1. Conceito de estado de necessidade. 2. Ato em estado de 391

necessidade. 3. Periculosidade e estado de necessidade. 4. Indenização sem ilicitude do ato danificante. 5.

Distinção entre legítima defesa e estado de necessidade. 6. Limitação da propriedade e outros direitos 392

patrimoniais pela regra jurídica do art. 160, II. 7. Pressuposto da iminência do perigo. 8. Legítima defesa contra ato em estado de necessidade. 9. Sujeito passivo quanto à reparação

§ 187. *Dever* de reparação do dano. 1. Estado de necessidade e reparação. 2. Ato-fato jurídico e legitimação passiva para a reparação. 3. Ação regressiva; fatos jurídicos de que deriva. 4.Responsabilidade por culpa. 5.

Absolutamente incapazes reparação

396

1V Intromissão estatal ou não-estatal na esfera jurídica alheia

§ 188. Esfera jurídica alheia e intromissão. 1. Limites dos direitos. 2. Intervenção sem violação

§ 189. (a) Intromissões permitidas por direito público na esfera jurídica alheia. 1. Intromissões e pré-

exclusão da contrariedade a direito. 2. Limitação legal da esfera jurídica e intromissão legal. 3. Exemplos de intromissões legais

403

§ 190. (b) *Intromissões em* virtude de direito privado. 1. Atos de direito privado intromissivos. 2. Limitações legais; principio da absolutidade e princípio da interadaptação ou relatividade dos direitos. 3. Espaço aéreo e subsolo

407

V Justiça de mão própria

408

§ 191. As justiças no passado *e* no presente. 1. Conceito de justiça de mão própria; legítima defesa e ato em estado de necessidade. 2. Princípio do monopólio judicial e justiça de mão própria. 3. Dados históricos. 4.

Direito contemporâneo

409

§ 192. Inelidibilidade da justiça de mão própria. 1. Se a justiça de mão própria pode vir a desaparecer. 2.

Fatores psíquicos individuais

§ 193. *A* semelhança com outras categorias. 1. Justiça de mão própria e legitima defesa. 2. Justiça de mão própria e ato em estado de necessidade

§ 194. Pressupostos da justiça de mão própria. 1. Regra jurídica escrita e regra jurídica não escrita a propósito de pressupostos. 2. Análise dos pressupostos. 3. Legitimação passiva. 4. Excepcionalidade da justiça de mão própria

§ 195. Meios de constrição. 1. Justiça de mão própria e constrição. 2. Venda em justiça de mão própria

§ 196. Casos verdadeiros e casos falsos. 1. Prisão em flagrante por

qualquer do povo. 2. Desforçamento. 3.

Arvores à extrema de prédio. 4. Penhor legal. 5. Interdito Quod vi aut clam e exceção ao autor

§ 197. *Se há* direito subjetivo á autotutela. 1. Justiça de mão própria e mundo jurídico. 2. Significação jurídica da justiça de mão própria. 3. Justiça de mão própria e direito de tutela juridica

§ 198. Reparação do dano. 1. Ato não-contrário a direito. 2. Monopólio estatal da justiça e ato de justiça de mão própria

§ 199. Eficácia da decisão-ato de justiça de mão própria. 1. Sentença e ato-decisão de justiça de mão própria.

2. Excesso na justiça de mão própria. 3. Despesas do justiçamento. 4. Medida cautelar e medida de iniciação executiva

§ 200. Conseqüências do erro no justiça. 1. Responsabilidade do justiçador. 2. Direito penal brasileiro e justiça de mão própria

§ 201. Conclusões. 1. Justiçador no lugar do juiz

VI. Consentimento da vítima

443

§ 202. *Dados* do problema. 1. Pré-exclusão da contrariedade a direito. 2. Revogação do consentimento. 3.

Consentimento posterior ao ato

444

Capítulo VI

Conseqüências Jurídicas da Contrariedade a Direito e Medidas Preventivas

§ 203. Contrariedade objetiva a direito. 1. Conceito e Conseqüências. 2. Ofensa ao direito de propriedade. 3.

Indenização por turbação ou esbulho da posse. 4. Responsabilidade e condictio e outras espécies 447

§ 204. Conseqüências não-reparativas. 1. Conseqüências distintas. 2. Caducidade

§ 205. Contrariedade subjetiva a direito. 1. Conceito. 2. Conseqüências 454

§ 206. Contrariedade transubjetiva a direito. 1. Conceito. 2. Indústria perigosa 467

§ 207. Medidas preventivas. 1. Previsão e tutela jurídica. 2. Técnica legislativa e técnica judiciária da prevenção. 3. Dever de segurança e dever de reparação. 4. Abstenção e contrariedade a direito. 5. Ação de abstenção. 6. Medidas cautelares e contrariedade a direito. 7. Dever e obrigação de segurar e medida de segurança

§ 208. Analogia com a ação negatória. 1. Pretensão à caução e pretensão negatória. 2. Ação de abstenção e ações de indenização e de cessação

Capítulo VII

Atos-Fatos Jurídicos

§ 209. Conceito e lugar em classificação dos fatos jurídicos.

1. Classe dos atos-fatos jurídicos. 2. Ato humano e ato-fato.

1. Atos Reais

§ 210. Conceito de atos reais. 1. Espécie de atos-fatos jurídicos. 2. Exemplos de atos reais

§ 211. A) Tomada de posse. 1. Poder fático. 2. Conseqüências

§ 212. B) Tradição da posse. 1. Entrega corporal, ato-fato. 2. Conseqüências

§ 213. C) Abandono da posse. 1. Abandono do poder fático. 2. Impedimento ao exercício do poder fático. 3.

Conseqüências

§ 214. D) Descobrimento *de* tesouro. 1. Natureza do ato. 2. Conseqüências

§ 215. E) Especificação. 1. Conceito. 2. Conseqüências. 3. i1icitude e vícios de vontade do especificador

§ 216. F) Criação intelectual. 1. Ato-fato jurídico. 2. Conseqüências

§ 217. G) Ocupação. 1. Ato-fato jurídico. 2. Discussão do assunto. 3. Pressupostos da ocupação. 4.

Conseqüências

II.Indenização sem culpa

§ 218. Conceito. 1. Dano sem haver culpa. 2. Principios que levam à aparição de atos-fatos juridicos Teoria dos Atos Jurídicos

§ 219. Espécies principais. 1. A espécie do art. 160, II, I,1ª parte, e outras espécies concernentes ao princípio do interesse mais relevante. 2. Princípio do perigo correlativo ao interesse. 3.Princípio da 533

responsabilidade pelo exercício da tutela jurídica. 4. Princípio da responsabilidade pela palavra. 5. Principio da consciência da manifestação. 6. Caso fortuito e força maior.

III. Caducidades sem culpa

535

§ 220. Conceito de caducidade. 1. Preclusão. 2. Caducidade sem culpa

§ 221. Atos-fatos em estado de necessidade. 1. Atos permitidos. 2. Conseqüências 542

Capítulo VIII

Teoria dos Atos Jurídicos

543

§ 222. Suporte fático com ato humano. 1. Fato e ato humano. 2. Manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento. 3. Manifestações de vontade e recepção

§ 223. Manifestações de vontade receptícias. 1. Conceito. 2. Chegada. 3. Tempo para a chegada. 4. Chegada entre presentes. 5.Representação e nunciatura. 6. Telefone. 7. Eficácia

§ 224. *Dever* de receber manifestação de vontade. 1. Conceito. 2. Dever geral e dever especial 546

§ 225. Manifestações de vontade em acordo. 1. Elemento essencial do negócio jurídico. 2. Oferta e convite a ofertar. Oferta ao público. 4. Oferta entre presentes. 5. Oferta entre ausentes. 6. Troca de cartas. 7.

Aceitação.

553

8. Conclusão do contrato. 9. Aceitação tardia. 10. Vendas ao público e outros contratos com pessoa a melhor oferta. 11. Telegrafia e telefonia

555

§ 226. Conclusão do contrato sem recepticiedade da aceitação. 1. Conceitos. 2. Recepticiedade dispensada **Capítulo IX**

Atos Jurídicos *Stricto Sensu*

§ 227. Conceito de ato jurídico stricto sensu. 1. Ato humano e ato jurídico. 2. Distinção entre atos jurídicos stricto sensu e negócios jurídicos. 3. Conteúdo e efeitos; direção da vontade

§ 228. Conceito e lugar na classificação dos fatos jurídicos. 1. Ato humano e classificação dos fatos jurídicos

§ 229. Classificação dos atos jurídicos stricto sensu, 1. Bases para a classificação. 2. Casuística

§ 230. a) Reclamações ou atos jurídicos stricto sensu reclamativos. 1. Conteúdo das reclamações. 2.

Manifestações de conhecimento sobre manifestações futuras e hipotéticas de vontade

§ 231. b) Comunicações de vontade ou atos jurídicos stricto sensu comunicativos. 1. Conteúdo das comunicações de vontade. 2. Eficácia das comunicações

§ 232. c) Manifestações de vontade não bastantes em si ou atos jurídicos stricto sensu compósitos. 1.

Manifestações de vontade. 2. Tradição (art. 493,111)

§ 233. *d)* Exteriorizações de representação ou de sentimento ou atos jurídicos stricto sensu enunciativos. 1.

Enunciado de fato e mundo jurídico. 2. Recepticiedade e não-recepticiedade. 3. Alusão ao tempo em que se quis. 4. Cominações. 5. Comunicações de conhecimento por dever. 6. A que servem as comunicações de conhecimento. 7. Eficácia das comunicações de conhecimento. 8. Comunicações puras e comunicações impuras de conhecimento. 9. Exteriorização recepticia. 10. Manifestações de sentimento

§ 234. Atos jurídicos stricto sensu mandamentais. 1. Conteúdo dos atos jurídicos stricto sensu mandamentais.

2. Espécies parecidas manifestação de vontade.

§ 235. Análise de alguns atos jurídicos stricto sensu e de espécies estranhas a eles. 1. Anúncio com conteúdo de Manifestação de vontade 2. Interpelação. 3. As interpelações do art. 960 e do art. 1.166. 4. Remissão de dívida. 5. Pertinencialização e destinação de prédio. 6. Fatos jurídicos concernentes ao casamento. 7. Regras juridicas comuns aos atos jurídicos stricto sensu e aos negócios jurídicos. 8. Discussão a respeito das cominações. 9. Natureza das apresentações. 10. Provocações e convites. 11. Avisos volitivos. 12.

Declarações de vontade, atos jurídicos stricto sensu. 13. Pedidos-exigências (certidões, atestados, vias, avisos e informações, inventários). 14. Oposições, atos jurídicos stricto sensu. 15. Recusas, atos jurídicos stricto sensu. 16. Reclamações, atos jurídicos stricto sensu

§ 236. Revogação de comunicação de vontade. 1. Revogação pré-excludente. 2. Comunicações de vontade já recebidas

§ 237. Análise das comunicações de conhecimento. 1. Comunicações de conhecimento, atos jurídicos stricto sensu. 2. Exemplificação de comunicações de conhecimento. 3. Comunicações de conhecimento, simples elemento de suporte fático.

§ 238. Revogabilidade das comunicações de conhecimento. 1.Dever de

comunicar e revogação. 2.

Comunicações revogáveis de conhecimento

§ 239. Reconhecimento e espécies dele. 1. Reconhecer é manifestar conhecimento. 2. Manifestação do reconhecimento e pluralidade de sentidos. 3. Negócios jurídicos de reconhecimento

§ 240. Natureza do perdão e do assentimento à ofensa. 1. Diferença essencial entre os dois conceitos. 2.

Teoria do perdão negócio jurídico; crítica. 3. Teoria do perdão fato puro; critica. 4. Teoria do perdão ato-fato jurídico; crítica. 5. Teoria do perdão ato jurídico stricto sensu. 6. Assentimento à infração e perdão

§ 241. Suporte fático do perdão. 1. Análise do suporte fálico. 2. Seriedade do perdão. 3. Forma e prova do perdão

§ 242. Suporte fático do assentimento à infração. 1. Assentimento à infração, elemento fático. 2. Meios de assentimento

§ 243. Eficácia do perdão. 1. Eficácia extintiva. 2. Extensão da eficácia

§ 244. Revogabilidade do *perdão?* 1. A questão da revogabilidade. 2. Irrevogabilidade

§ 245. Anulabilidade e nulidade do perdão? 1. Incapacidade relativa e vícios de vontade. 2. Reserva mental e ilicitude

§ 246. Condição *e termo quanto ao perdão.* 1. Determinações de condição e termo. 2. Solução da questão

§ 247. *Firmeza do assentimento à* infração. 1. A questão da revogabilidade. 2. Termo e condição

§ 248. Quase-contratos. 1. Conceito superado. 2. Terminologia contemporânea

PARTE II - BENS

Capitulo I

Elementos objetivos do suporte fático

§ 113. Conceito de objeto de direito

1. Coisa e objeto de direito. Cumpre que se não confundam a coisa e o objeto *de* direito: há coisas que não são objetos de direito; e objetos de direito que não consistem em coisas. Por outro lado, nos tempos em que se admitiram coisas e animais como sujeitos de direito, nem por essa, para nós, hoje, estranha concepção, se deformava o direito: as regras jurídicas é que, incidindo, determinam as subjetivações e objetivações. Tanto é sujeito de direito o homem quanto o Estado, a sociedade anônima e a fundação; tanto é objeto de direito o prédio quanto o raio X, a autoria do livro, o emprego, o trabalho futuro, o facere e o non facere, a vida, a verdade, a liberdade, a honra, a integridade física e psiquica.

Ao direito subjetivo, à pretensão e à ação corresponde algo a respeito de que outrem está em posição passiva (há de ter certa conduta: fazer, ou omitir), inclusive quando fique tão imediato o objeto que, do lado passivo cia sujeitos de direito.

A proposição “O direito real recai diretamente sobre a coisa” apenas traduz, em termos de distância, a colocação do objeto sob a incidência da regra. A proposição “O direito real é relação entre o sujeito ativo de direito e todas as outras pessoas como sujeitos de direito passivos” traduz a relação jurídica em sua largura, do lado passivo: descreve a relação jurídica em sua *chave* para o lado passivo da incidência da regra. Hão de preferir a primeira proposição todos os que vejam no direito poder de vontade (não as mãos-cruzadas, mas a mão-garra), abocanhando a coisa, ou o devedor. Mas logo ressalta que se substitui à relação social inter-subjetiva, a relação física; ou se desloca o problema de definição do direito real, que é problema ligado à incidência, para o plano da aplicação.

2. *Interpersonalidade das relações jurídicas.* Foi E. von Savigny (System, 1, 333), com o conceito de relação *jurídica,* relação necessariamente entre pessoas, determinada pela regra jurídica (diríamos hoje: pela incidência da regra juridica), quem prestou o enorme serviço de excluir qualquer possibilidade de relação Quridica) entre pessoa e coisa. Porém faltou a E von Savigny estudar as relações de ida-e-vinda, ou de direitos que vão e que vem. Quando H. Dernburg *(Pandekten, 7ª* ed., VI, 88), desde a 13 ed. (1884), definiu a relação jurídica como relação juridicamente eficaz entre pessoa e pessoa, ou entre pessoa e coisa, desatendendo a que a relação jurídica é social, comeTe um dos maiores erros em teoria geral do direito. A relação do homem com a coisa teria de ser fática e somente fática (C. G. Bruns, em E von Holtzendorff, *Encpclopãdie,* 3ª ed., 1, 354). Quando C. Neuner (Wesen *und Arten* der *Privatrechtsuerhàltnisse,* 1 s., 11 e 18) viu o objeto fático, a coisa, e o objeto jurídico, a vontade de outra pessoa, em verdade fez da vontade de outrem o único objeto, e não deu solução ao problema. A contribuição de O. Lenel (Uber Ursprung und *Wirkung* der *Exceptionen,* 8 s.), que A. Thon levou mais longe, dois anos depois (Rechtsnorm *und subjektiues Recht,* 218, 223, 291 e VI), de haver no direito esperança de pretensão, presente ou futura, e ser o direito real a esperança quanto a todos, serviu à teoria; porém não deu a solução. B. Windscheid *(Lehrbuch,* 1, 167 s.), que antes se deixara levar pela teoria présavigniana *(Die* Actio, 19), recebeu a influência de A. Thon quanto a haver no direito real "falta de vedação", mas mudou-o em "dever de abstenção" dos outros. Duas interpretações do direito real como sendo ele de caráter negativo, elemento em verdade secundário. Tampouco adianta dizer-se que a validade do direito é imanência, qualificação jurídica do objeto (R. Maschke, *Das* Eigentum im *Civil und Strafrecht, 7* s.), o que talvez levasse àsuposição de que o legislador poderia qualificar, à vontade. Mas, se assim fosse, aonde a imanência?

Para J. 6. Kierulff (Theorie des gemeinen *Civilrechts,* 155 e 308), objeto do direito é sempre vontade: abaixo só está o objeto prático, fático. A vontade às vezes é dentro de um ser permitido *(Dúrfen);* outras, há para ela um dever (Sollen).

L.

Enneccerus *(Lehrbuch,* 13ª-14ª ed., 1, 168) escreveu que nem todos os direitos têm objeto determinado; de modo que muitos direitos constitutivos modificativos, inclusive direitos de aquisição, não têm objeto; e acrescentou, em nota: seria fora de propósito conceber o direito de impugnação *(Anjechtungsrecht)* como direito sobre a relação

jurídica que a impugnação deve extinguir ou restabelecer, ou sobre o objeto dessa relação jurídica. Está certo; mas o objeto do direito da impugnação é a modificação no mundo jurídico.

E. 1. Bekker *(Pandekten,* 1, 47 s.) procurou distinguir direito com objetos e direitos sem objeto; mas E.

Hólder deu-lhe a resposta, para sempre.

. *Análise das atitudes* 1.Crítica às *atitudes* da *doutrina,* a) Pretendeu-se reduzir o objeto à conduta humana, quer se trate de direitos reais quer de direitos de crédito. Conduta positiva, ou negativa. Nota-se logo quanto se personaliza, digamos assim, o fato jurídico; e quanto se invertem os termos da realidade: o objeto, que é prius e faz parte do suporte fático, sobre o qual a regra jurídica incide, passa a ser depois do fato jurídico, isto é, depois da relação jurídica, que é Eficácia. Compreende-se que dai se chegasse à redução artificial de todos os direitos a direitos de obrigação. O corpóreo como que se descorporizava; mais ainda: perdia toda substância que não fosse ato humano, positivo ou negativo. Tais "leituras" do jurídico, feitas do lado dos deveres, ou do lado dos direitos, têm o inconveniente, verdadeiramente grave, de não respeitarem a causação (regra jurídica, suporte fático, incidência, juridicização do suporte fático, eficácia jurídica).

b)

Outra teoria tomou o pólo oposto. Só a coisa, o corpóreo, seria objeto dos direitos. Ainda quando se trata de fatos jurídicos do direito das obrigações, o que é objeto é sempre coisa. Donde terem-se de distinguir, em transparência, os direitos reais e as obrigações: ou pela distância, em que se acha a co isa, ou pela ligação à coisa, ou pela posição (objeto imediato, mediato; direto, indireto; em finalidade, em conteúdo).

A exageração de tal atitude materializante atinge ao auge quando se afirma que todos os direitos são reais, ou quando se figuram os direitos dirigidos a objetos ou a sujeitos.

c)

Nem a coisa só, nem só a conduta, o ato humano, é objeto de direito. Ambos o podem ser. Apenas, entre os que assim pensam, rente aos fatos da vida e com a experiência de milênios (que utilizou, teórica e praticamente, essa explicação, com pleno êxito), é preciso corrigir-se a alusão à vontade. Quando B promete a A ato seu, positivo ou negativo, não promete vontade, promete ato. Salvo se esse ato somente por ele pode ser praticado, outrem pode adimplir. Nem a coisa nem a vontade exercem papel de objeto no direito das obrigações. Tampouco, no prometer-se ato, positivo ou negativo, se "restringe" a liberdade; obrigar-se não é restringir-se em ser livre, tanto que: não é essencial aos sistemas juridicos a prisão por dívida; e a execução forçada tem exatamente a função de solver com o que não é direito fundamental da pessoa, — com os bens materiais penhoráveis. As noções de vinculo da vontade, sujeição da vontade, vínculo à liberdade de obrar ou de querer, limitação (aliás restrição) à liberdade e quejandas noções definem mais que o definendo; e revelam, por outro lado, o voluntarismo que está à base de convicções filosóficas, ou de resíduos dos conceitos primitivos, não de creditor e de debitor, mas de execução pessoal. Os étimos não aludem a isso: o credor crê; o devedor, deixa de ter (de, *habere).* Tudo se passa na esfera jurídica de um e de outro; nem no sujeito, nem na coisa mesma, porque a coisa é um dos elementos (não o único), que podem estar no suporte fático. *Do-habere* (dever) mostra, de si só, que o direito privado fica no plano dos direitos patrimoniais e do cuidado (cura, tutela) pelos incapazes. Não se invade a dimensão da liberdade, nem da vida, nem da verdade, nem da honra, nem da integridade física e psíquica, nem do nome.

2. Terceira atitude. A terceira e dominante atitude nem sempre se desinteressa de comparações entre o credere e o debere (de, *habere);* e ora pende para a acentuação daquele, ora para a acentuação desse. De inicio, afirmemos que esse pender é estranho à descrição do jurídico e da teoria geral do direito. Quase sempre a preferência revela depósito social despótico, positivo ou negativo, ética de senhores ou ética de escravos. Não é sem extrema significação que, pelos fins do primeiro terço do século, os juristas alemães, que viam mais a obrigação pelo lado ativo, tivessem, com 1(. Larenz (Rechts-person und *subjektives Recht,* 39 s.), chegado ao ponto de definir a capacidade de direito como capacidade de participar da vida jurídica, e não de ser titular de direitos. Outrossim, quando o teórico ou o prático do direito sustenta que, nas relações jurídicas, mais importa o crédito que o débito, ou vice-versa, o assunto pertence à psicanálise e à história das teorias e doutrinas.

3. *Objeto* de direito, in abstracto. O objeto de direito, considerado abstratamente, como se alguém fala de

"pessoa", em vez de "sujeito do direito tal", é independente da relação jurídica em que o bem é objeto, ou, ainda, do suporte tático no qual ele entre como um dos elementos. Há nas leis algumas regras juridicas que se mantêm nesse nível formal, sem dizerem que o suporte tático, penetrando no mundo jurídico, se juridiciza, ou que se juridiciza deficientemente, e assim por diante. São regras juridicas que dizem o *que* é objeto de direito, ou, regras pré-excludentes, dizem o *que* não é objeto de direito, à semelhança das outras que definem pessoa. Sem essas regras, explícitas, ou não, a relação *possível* entre indivíduo humano e coisa não passa do mundo geométrico e físico, como relação de espaço, de espaço e tempo, de calor, de frio, ou qualquer outra. Ainda quando essa relação seja a de fome do indivíduo humano mais aptidão da coisa a saciá-lo, não se sairá do mundo biológico e econômico. Só a regra jurídica pode fazer a essa coisa ser bem jurídico, objeto de direito; porque a ela é que cabe estabelecer quais as coisas do mundo que podem ser incluídas no suporte fático e entrarem com ele no mundo jurídico. Nos momentos em que vivemos, seres históricos, já quase todas as coisas que poderiam ser objeto de direito já o são. Apenas assistimos à entrada das que nascem (e.g., a obra que escrevo), das que saíram e voltaram e das que, por transformação, saíram e voltaram; e à saída de outras, por algum tempo, ou para sempre (destruição da ilha, morte do animal, apodrecimento do cesto de frutas ou do fardo de carne). O conteúdo de tais regras jurídicas diz: "A respeito dos bens da classe A, é possível com qualquer deles compor-se suporte fático". Noutros termos, em linguagem não-técnica: há, juridicamente, possibilidade de utilizá-los. Com isso, prevê o sistema jurídico que outras regras jurídicas, quando algum desses bens entre no suporte fático, criem exclusão de atuação de outros a propósito dele. Enquanto não há a regra jurídica que ponha em comércio ou tráfico o bem, a possibilidade de utilizá-lo é só econômica ou intelectual ou afetiva; não é juridica. Depois dessa regra jurídica, as pessoas (= os possíveis sujeitos de direito), satisfazendo o suporte fático de outras regras jurídicas (por exemplo, ocupando o bem móvel abandonado), se põem no suporte fático, em que ela está, e se fazem titulares de direitos sobre elas, ou obrigados por elas, — ou perante todos (como se dá no caso da ocupação), ou perante alguém (por exemplo, se vendo o bem móvel que ocupei). Os sistemas juridicos contêm muitas regras jurídicas dessa natureza; não criam direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, estatuem sobre possibilidades de ser titular de direitos, pretensões, ações, exceções, e

de ser sujeito passivo deles, ou sobre possibilidades de se colocar como elemento de suporte fático algum bem da vida. Não raro, como se debruça o legislador para estabelecer ou esclarecer que algum bem da vida, algum interesse, não se pode encaixar em suporte fático a que se dê acesso no mundo jurídico. O sol não pode ser elemento de suporte fático; pode sê-lo a luz que penetra pela janela, ou o ar de que necessita a vivenda. Raciocinam em termos de economia a-social os que pensam em relação do homem com a coisa; e teremos ensejo de ver que essa atitude, evidentemente pré-jurídica, se revela, flagrantemente, nos que definem os direitos reais como relações (fáticas!) do sujeito com a coisa.

4. Interesse e objeto de direito. O interesse que pode ser jurídico é interesse que tem valor, no mais amplo sentido, para outros indivíduos que compõem a coletividade. Nem as regras jurídicas se haveriam de conceber para suportes fáticos, em que o único elemento de interesse fosse o interesse só valorizável por um.

O interesse do filho, como filho, exclui interesses de outros; o do marido exclui o de outros; o do que ocupa a *res nullus* exclui que outros a possam, agora, ocupar. Tal noção não é, de modo nenhum, noção formal.

Objeto de direito é algum bem da vida que pode ser elemento do suporte fático de alguma regra jurídica, de cuja incidência emane fato jurídico, produto de direito. Assim, não fica excluído o bem da vida que pode ser elemento do suporte fático, porém do fato jurídico não resulta ato de disposição; e.g., o corpo humano, a liberdade humana. Se dizemos que a todo fato jurídico corresponde objeto, tomamos por fato jurídico a relação jurídica (eficácia). A relação jurídica de parentesco não tem objeto de direito; o que tem objeto são os direitos que nascem dela, em relações-efeitos. É da máxima relevância evitar-se confusão entre objeto dos atos jurídicos (e até dos fatos jurídicos stricto *sensu)* e objeto de direito. O objeto do negócio jurídico bilateral de venda e compra não é a coisa; o objeto desse contrato é a prestação prometida, não a coisa. O

direito subjetivo, a pretensão e a ação não têm por objeto a coisa, mas o cumprimento da promessa. O

cumprimento, com a tradição da coisa, é que teria por objeto a coisa. Não se pode falar de objeto de direito sem ainda haver direito; direito é eficácia de fato jurídico. Se A ocupa a res *nullus,* essa res nuílius foi

elemento do suporte tático, entrou, com ele, no mundo juridico, e simultaneamente foi objeto de direito; porém nem sempre essa simultaneidade se dá. Só há objeto de direito onde já há direito.

O

objeto é considerado como um só, se é utilizado como um só bem jurídico (utilização unitária). A utilização pode ser por uso, inclusive local ou de determinada região econômica, ou ausente pelos sujeitos.

§ 115. Conceito de coisa

1. Objeto e coisa. O objeto do direito compreende as coisas e os objetos que não são coisas. Mercadoria é conceito ainda mais estreito que o de coisa: são as coisas móveis suscetíveis de comércio (mercancia). As coisas, stricto sensu, são os objetos corpóreos; de modo que, dizendo-se "coisas corpóreas" e "coisas incorpóreas", se faz a "coisas" sinônimo de objetos. Todavia, como há objetos, inclusive coisas, que não podem ser objeto de direito, objeto de direito é somente a coisa suscetível de ser objeto de direito ou outro objeto que o seja. Quando se fala de objeto de relação obrigacional, às vezes se alude à coisa ou objeto de que se trata no conteúdo da obrigação, ou da pretensão, da ação, ou da exceção (e.g., da casa A que foi" objeto" da venda e compra); se bem que a relação jurídica obrigacional não tenha por objeto a coisa, ou outro objeto, de que se trata, senão indiretamente. A casa não é objeto da venda e compra, nem da locação, nem da deliberação da assembléia dc acionistas, nem dos gastos que se fazem com a sua pintura e limpeza. O mais que se consegue, para se falar de objeto da obrigação como se fala do objeto da posse, ou da propriedade, é considerar-se a esse como objeto imediato (ou direto) e àquele como objeto mediato (ou indireto). As tentativas para se encontrar conceito único, básico, fracassaram. A mais discutida fo i a de R. Sohm (Der Gegenstand, 7 e 21) que reduzia o objeto de direito àquilo que podia ser matéria de ato de disposição. Ora, os documentos que, como tais, não podem ser objeto de disposição, são objeto de direito (contra R. Sohm Wilutzki, Die Vcrfúgungen des BGB., *Archiu* for Btirgerliches *Recht,* 28, 56 s. e 67; ci. Binder, Der Gegenstand, *Zeitschrift for das* gesamte Handelsrecht, 59, 1 s., Vermôgensrecht und Gegenstand, *Archiu for* Búrgerliches *Recht,* 34, 209 **S.;** ci. Biermann, *Borgerliches Recht,* 1, 17 **5.;** a favor, Amo Kloess, Die Energien in und ausserhalb des Verkehrs und das

Eigenrecht an ihnen, *Archiu for* die civilistische *Praxis,* 103, 67; F. Affolter, Das Fruchtrecht, 18 **5.;** Adamkiewicz, Der Niessbrauch am Bruchte, *Archiu for* Búrgerliches Recht, 31, 21 s.).

2. Coisas simples e coisas compostas. O Código Civil possui os dois conceitos de coisas simples e de coisas compostas, pois a elas alude, no art. 54, sem, todavia, as definir (verbis "coisas simples ou compostas"). As simples são as que constituem todo incindivel, unidade natural própria, como o boi, ou a folha de papel de carta; as compostas, as que se constituem com duas ou mais coisas suscetíveis de individualização (o automóvel, a mobília de sala de jantar). É da máxima importância observar-se que se trata de conceitos do mundo fático. O direito refere-se a eles, para prevenir sobre o que pelos nomes usados se há de entender.

3. Direitos objeto de direitos. Os direitos não são coisas em sentido estrito, posto que os direitos reais se incluam entre direitos sobre coisas (art. 674). São-no porém, no sentido largo (bens, arts. 43-49; art. 54, verbis "coisas.. .materiais e imateriais").

§ 116. O corpo humano e o direito

1.Homem uivo e *cadáver.* O homem vivo, o ser biológico, não é objeto de direito; mas as partes corporais, uma vez separadas, pertencem, como coisa, àquele de quem foram tiradas (sem razão, E. 1. Bekker, *Grundbegriffe des* Rechts, 98, que já vê, antes da separação, propriedade latente). Tal afirmação não é mais do que a de fato jurídico que tem no suporte fático a apropriação, em virtude de direito exclusivo ligado à personalidade (direito formativo gerador, que se contém na capacidade de direito, que faz a pessoa). Não há ocupação, que seria modo de adquirir por si mesmo, sem qualquer outro fundamento. Tal síntese, que corresponde ao momento presente da civilização, afasta a concepção de ocupação, como res *nullus* (R. Schultheis, Uber die *Mõglichkeit,* 32 s.), introduzindo-se, embora, o caráter de exclusividade ou preferencialidade ("em vorzugsweizes Aneignungsrecht", direito preferencial de apropriação, discutível sob outros sistemas jurídicos e inadmissível diante dos casos análogos dos mis. 598 e 601; sem razão, pois, Karl Gareis, Das Recht am

menschlichen Kõrper, *Festgabe forci.* T. Schirrnr, 90 e Claudius v. Schwerin, Das Recht am Leichnam, *Seu fferts Blátter,* 70, 656). Também afasta a concepção da analogia com os frutos (sem razão, E.

Hôlder, *Allgemeiner Te,* 206; R. Sohm, Der *Gegenstand,* 17, nota 4; Fr. Hellmann, Vortráge, 34; R

Oertmann, Allgemeiner *Te,* 245 s.**;** L.Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 246). Nem se adquire a parte do corpo, e.g., cabelos, dentes, dedo cortado, olho, pela ocupação, como se surgisse, com a separação, a res *nuílius,* nem como se adquirem frutos; é preciso que haja ato daquele a quem pertenceu a parte corporal para adquirir o direito de propriedade. Não se trata de ato-fato jurídico, como a ocupação ou a composição de obra intelectual; e sim de exercício de direito formativo gerador. Tampouco, de fato jurídico stricto sensu, como a aquisição dos frutos que se desprendem. A inserção da parte corporal separada no rol das coisas suscetíveis de direito é ato jurídico stricto sensu. A vontade é elemento do suporte fático. Ato jurídico stricto *sensu,* com que se exerce direito formativo gerador.

Tiveram o cadáver como resto da personalidade, portanto não-coisa (K. E. Cramer, Die *Behandlung* des menschlichen *Leichnams,* 40; ci. Kohler, Studien *aus* dem Strafrecht, 1, 206 **5.;** E Regelsberger, *Pandekten,* 1, 413; J. Rausnitz, Das *Recht* am menschlichen Leichnam, 593 s.; K. Binding, Grundriss des gemeinen *deutschen* Strafrechts, II, 86; O. von Gierke, *Deutsches* Priuatrecht, II, 35 s.; H. Schreuer, Der menschliche Kõrper, 25 s.). Os que o tiveram como coisa ora o punham entre as coisas extra commercium (H. Dernburg, *Lehrbuch* des preussischen Priuatrecht, 1, 5~ed., 136, porque a pessoa acabou e aquilo ficou), ora como res *nullus* (RarI Gareis, Das Recht am menschlichen Rórper, Festgabe for J. Th. Schírmer, 65 s.), ora como res *nuflius,* se não passa aos herdeiros (E. 1. Bekker, System, 1,188 e 331 s.).

O problema não se punha para os primitivos, porque criam em que o cadáver vivesse (H. Schreuer, Das Recht der Toten, *Zeitschrift for* vergleichende Rechtswissenschaft, 33, 333 s., e 34, 1 s.). Coisa fora do comércio, tal o que é o cadáver; mas ~quando pode entrar e entra em comércio? Naturalmente, têm-se de pesar interesses da maior significação, que vão desde o interesse religioso (e.g., em que o cadáver dorme o sono da morte, J. Kohler, *Studien,* 1, 204 s.) até o da ciência, em proceder a pesquisas, e o da sociedade, em que se investiguem crimes. No meio deles está o do vivo em que se dê destino, inclusive propriedade, ao seu corpo, após a morte, —

interesse a que pode (dependente do direito positivo) corresponder direito, sem se precisar de imaginar prolongação da personalidade, porque, então, tal ficção teria de intervir em todas as disposições testamentárias.

2. Parte do corpo. Antes de separada a parte do corpo, nenhum negócio jurídico se cria tendo-a como objeto no presente; portanto, não existe negócio jurídico. A venda e compra ou a promessa de venda e compra de cabelos ao cabeleireiro, ou ao fabricante de bonecas, entra no mundo jurídico (sem razão, ci. Meisner, *Das* Borgerliche *Gesetzbuch,* 1, 72; H. Dernburg, Das *BrJrgerliche Recht,* III, 3ª ed., 4, nota 11; B. Matthiass, *Lehrbuch,* 1, 74), porque é possível negócio jurídico sobre coisa *futura;* apenas, não produz efeito de obrigar a separar, nem a indenizar, porque seria negócio juridico ilícito (G. Planck, Kommentar, 1, 4ª ed., 172, art.

145,11): o negócio jurídico vale e produz efeito no que é promessa de prestar, se o promitente resolver separar, e.g., se cortar os cabelos.

3. *Partes corporais artificiais*. As partes corporais artificiais, antes coisas, objetos de direito, deixam de o ser depois que se inserem no corpo ou se juntam a ele, como os dentes artificiais, o ouro das obturações e os ossos artificiais ou fios de platina. Se, porém, a coisa mantém a sua independência, como as perucas, dentaduras, ou muletas, é objeto de direito (H. Tobias, Eigentumserwerb durch Verbindung, Archiv for die civilistische Praxis, 94, 384 s.). A atitude de K. Gareis, Das Recht am menschlichen Kôrper, *Festgabe for* J.

T. Schirmer, 63, que sustentava continuarem de ser coisas, sempre, as partes corporais artificiais, foi repelida (J. Biermann, Búrgerliches *Recht,* 1, 374, B. Matthiass, *Lehrbuch,* 1, 74; P. Oertmann, Allgemeiner Te, 248; E. Zitelmann, Allgemeiner *Te,* 76). A impenhorabilidade das partes corporais que continuam coisas resulta de regra jurídica não escrita (nossos Comentários ao Código de Processo Civil, VI, 222).

4. *Cadáver humano.* O cadáver humano suscita delicada questão sobre objeto de direito. Assim há: *a)* quem lhe negue, *a* prior), o poder ser objeto de direito (E. Merkel, Die rechtliche Natur des menschlichen Leichnams, Sàchsisches Arch tu, 14, 677; ci. Rausnitz, Das Recht am menschlichen Leichnam, *Das Recht,* VII, 593; O. von Gierke, Deutsches

Privatrecht, II, 36);)4 quem admita que possa vir a ser objeto de direito para a anatomia, ou outros estudos médicos ou biológicos (cf. K. Cosack, *Lehrbuch,* 1, 6ª ed., 106), com o esclarecimento de Rausnitz de serem coisas as múmias e os esqueletos, se o direito de personalidade de todo se extinguiu (= nenhuma última vontade resta); c) quem diga que épreciso ter-se entregue a instituto para que o esqueleto se torne coisa (Karl Gareis, Das Recht am menschlichen Kõrper, Festgabe *for* J. T. Schirmer, 95). O ser suscetível de entrar como elemento (objetivo) no suporte fático de fatos jurídicos, de que se irradiem direitos reais, e o poder ser objeto de direito não são o mesmo. Daí, terem sido menos radicais E

Regelsberger *(Pandekten,* 1, 413), B. Windscheid *(Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 729 s., com acréscimos de Th. Kipp).

Devemos afastar, radicalmente, qualquer alusão a direitos da pessoa depois da morte. Morto não tem direitos; só os vivos os têm (W. von Blume, Fragen des Totenrechts, *Archiu for* die *civilistische Praxis,* 112, 370): o direito é organização da vida social dos vivos; o interesse, que se protege, quando se cumprem, ou se mandam cumprir declarações de vontade última, é o interesse do vivo; mortos não têm mais, para o direito, qualquer interesse seu; não são mais membros da sociedade humana. A concepção ocidental, desde o direito romano, é a de que não somos donos das partes corporais, nem do corpo todo: *Dominus* membrorum suorum nemo videtur (L. 13, pr., D., *ad legem Aquuliam,* 9, 2, Ulpiano). As últimas vontades e a deliberação dos herdeiros sobre o cadáver, dentro dos limites que os costumes traçam, nada têm com o direito de propriedade (A. Kramer, *Uber* das Recht in *Bezug aul den* menschlichen *Kãrper,* 44 s.; J. Kohler, *Studien aus* dem *Strafrecht,* 1, 207). A imemoríalidade pode tornar coisas em comércio os corpos (múmias), os esqueletos e peças com ossos humanos. O homem pode dispor do seu cadáver, ou parte dele; daquele para depois da morte, e dessa, se teve de ser separada, ou se o tem de ser, quando há interesse, digno de proteção, para isso.

Os herdeiros não no têm; posto que, se o interesse é público, possa a pessoa mais próxima, afetivamente, do falecido, ter de dar o seu consentimento, pu opor-se, mostrando que se não justifica, in *casu,* a exceção aos costumes. Quanto à natureza dos direitos do herdeiro, ou daqueles a quem incumbe o enterro ou a incineração do cadáver humano, O. von Gierke *(Deutsches Privatrecht,* II, 36) e Karl Gareis (Uber Rechtsverhàltnisse an Begràbnisstâtten, Seufferts *Blãtter,* 70, 316 **5.;** Das Recht am menschlichen Rôrper, Festgabe for ci.T.Schirmer, 92 s.) mostraram que se trata de algo que permaneceu

da personalidade do morto, e a esse objeto residual se dá o destino que, segundo a vontade do morto, ou o que, dentro do sistema jurídico, se permite aos sobreviventes, e cabe dar-se-lhe.

Excluiam os negócios jurídicos; mas Eugen ciosef (Das Recht am Leichnam, *Zeitschrift for Rechtspflege* in Bayern, 1, 166) sustentou que o negócio jurídico sobre o futuro cadáver (coisa futura), ou sobre o cadáver de outrem, existe, e só é nulo se contravém os bons costumes (= ilícito, art. 145, II), excluindo, porém, que seja de direito das coisas tal negócio jurídico, ou mesmo de direito privado, se figurantes os sobreviventes. Em geral, repelem os juristas qualquer direito de propriedade dos herdeiros sobre o cadáver humano (e.g., Fr.

Hellmann, Vorträge, 34; ci. Binder, Vermógensrecht und Gegenstand, *Archiu for* BOrgerliches *Recht,* 34, 225), posto que haja quem entenda terem posse os herdeiros e direito de apropriação preferencial (Claudius v. Schwerín, Das Recht am Leichnam, *Seufferts Blàtter,* 70, 659 s.) e até direito de propriedade (P.

Oertmann, Allgemeiner *Te,* 264). Ora, em verdade, o negócio jurídico (não só oneroso), se o corpo não foi deixado pelo testador a fim de negócio, é *nulo* (art. 145, II); se o testador o permitiu, vale, se há interesse que supere o interesse moral da inumação ou da cremação. Então, é o direito privado que rege os negócios jurídicos, e os direitos, que resultam, são de direito privado.

Para K. A. v. Vangerow *(Uber die* Latini Juniani, 67 s.), que tinha o homem livre como "dono" do seu corpo, passava esse, com a morte, aos herdeiros, o que de modo nenhum os textos romanos permitem concluir-se.

A. L. 103, D., de verborum *obligationibus,* 45, 1 (Modestino), depois de frisar que o homem livre não pode ser deduzido em estipulação, excluiu que se estipulasse sobre o próprio mortuus homo (o escravo morto). O

cadáver era *extra* commercium. O próprio lugar em que se sepultava o escravo era religiosus locus. O

respeito do cadáver teve a conseqüência de retardar a anatomia, que nascera em Alexandria, em 320 antes de Cristo. Em 1725, G. Kulpis publicou a sua obra, em que dava notícia sobre as pesquisas em cadáver, per practicam *et consuetudinem,* posto que não constante de direito escrito a permissão. Entendia O. Kulpis (Comment., 46) que se

não podia negociar com cadáver, ou parte de cadáver; mas H. Wappãus *(Zur Lebre uon* den *dem Rechtsverkehr entzogenen* Sachen, 48 s.) admitia o estarem in cornmercio partes, e L.

Goldschmidt *(Handbuch,* II, 2ª ed., 3) o esqueleto. Já R. von Jhering (Geist, III, 347, nota 476) sustentava que as partes do corpo, se despregadas, caíam na propriedade da pessoa de quem foram tiradas. Quanto à sanção, era a ineficácia, se extra commercium. O esqueleto e as partes destacadas foram tidos por *zn* com mercio, como também as múmias (cf. R. Schultheis, Uber die *Móglichkeit,* 40 s.).

§ 117. Objeto de direito

***1.*.** Conteúdo do Conceito. Para se chegar a colher o conteúdo do conceito de objeto de direito é preciso que se preeliminem os conceitos de objeto de direito que não são aqueles que pesquisamos. Primeiro é de afastar-se o conceito de objeto da *regra jurídica,* portanto as relações ou interesses da vida, que as normas jurídicas regulam. Estaríamos no plano do estudo das regras jurídicas, acima, pois do plano em que nos cabe investigar (estaríamos no plano nomológico). Depois, é de afastar-se o conceito de objeto do *ato jurídico,* ou mais exatamente, do ato humano, como a transmissão, a modificação, ou a extinção da eficácia jurídica que o ato colima, ou o substrato econômico correspondente a um desses propósitos. Outrossim, é de afastar-se o conceito de prestar, ou de objeto do prestar.

O objeto de direito, como o sujeito de direito, é o que pode ser atingido pela eficácia do fato jurídico: nos direitos reais, é o substrato mesmo deles, e diz-se coisa; nos direitos de crédito, é a promessa; nos outros direitos, é a vida, a liberdade, o nome, a honra, a própria pessoa, ou a pessoa de outrem, ou outro direito.

2. Relação jurídica e *objeto.* Objeto de direito é tudo que pode ser matéria de relação jurídica. O fazer, ou não fazer, que se promete, não é objeto da relação jurídica: o objeto da relação jurídica é a promessa de fazer ou de não fazer. Todo prestar é objeto da promessa, não da relação jurídica. O objeto do direito de propriedade é a coisa; também é objeto do usufruto o uso + o fruto da coisa; da hipoteca, o valor da coisa. E

objeto de direito a clientela, o segredo comercial, ou social; a posse e os direitos formativos (sem razão, R.

Sohm, Der Gegenstand, 26 s. e 30 s., pela negação absoluta) podem ser objeto de direito (G. Planck, *Kommentar,* 1, 44 ed., 172).

O

objeto de direito ou é considerado no *futuro,* como bem da vida que pode ser atingido pela eficácia jurídica, ou no presen *te* e no *passado,* como bem da vida que foi ou está sendo atingido pela eficácia jurídica.

A coisa, no mundo fático, abstraindo-se, portanto, de ser em comércio, ou extracomércio, existe ou não existe. Bem assim, os objetos, que não são coisas, abstraindo-se de poderem, ou não, vir a ser objeto de direito. No mundo jurídico, para os três planos não há a mesma sorte para os objetos, inclusive as coisas: no plano da existência jurídica, não há falar-se em objetos de direitos; nem no plano da validade; só no plano da eficácia, em que os direitos, as pretensões, as ações e as exceções se produzem, é que se pode falar em objetos de direito e, pois, em coisas. O terreno não tem 50 X 50 metros senão porque já é objeto de direito, isto é, senão porque há relação jurídica em que ele entrou com essas dimensões, ou porque se assenta que é res *nullus.* Noutros termos: somente porque há direito, pretensões, ações, ou exceções, respeito a ele. A semente lançada à terra pelo não-dono, de boa-fé, pertence ao dono da terra, mas há direito de indenização (art.

547, V parte); pelo dono, de má-fé, sendo de outrem, gera o dever de indenizar (art. 546). A regra do art.

43,11, que diz incorporar-se ao imóvel a semente apenas traduz, em termos gerais (= termos de Parte Geral do Direito Civil), o que ocorre com as sementes, quem quer que seja que as plante. Quando se enuncia que passa a ser parte do imóvel a semente lançada nele apenas se põe em definição de bem imóvel o que ocorre no plano da eficácia dos fatos jurídicos:

semente, que o vento ou o pássaro trouxe à terra; semente oriunda da mesma terra; semente plantada pelo dono da terra, de boa- ou de má-fé; semente plantada por outrem, de boa ou de má-fé. Assim, é extremamente importante advertirmos, livrando-nos, por conseguinte, dos resíduos platônicos e peripatéticos, que as definições e classificações dos arts. 43-70 não são mais do que enunciados, à guisa de definições ou de classificações, que nasceram no plano da eficácia.

Não se pode pensar em objeto de direito, inclusive coisas, sem se aludir ao conteúdo do direito (portanto, do efeito do fato jurídico); alguém há de fazer ou omitir; alguém há de atender ao efeito do fato jurídico quanto a alguma coisa (direitos reais). O

poder jurídico recai, no segundo caso, diretamente sobre a coisa, porque a organização social concebeu o direito contra a totalidade das pessoas, e não só contra uma, ou algumas.

3. *Classificação* dos direitos por *seu objeto.* O objeto do direito pode servir à classificação dos direitos; por exemplo:

a)

Os direitos sobre a pessoa ou são sobre a própria pessoa, ou sobre a pessoa de outrem. Esses direitos, que mais se entendem quando se lhes conhece a elaboração histórica, "negam" que outrem possa atingir a vida, o corpo, a liberdade, a saúde, a honra de alguém, que é o titular de direito e das pretensões a que se atenda a essa incolumidade. A proteção absoluta, contra quem quer que seja, tornou sem valor prático as ações declaratórias dos direitos sobre a pessoa; como, porém, há bens da vida, como a liberdade, que são suscetíveis de limites, quando há pena, por exemplo, que consiste em restrição da liberdade, — ações de outra eficácia preponderante vieram exercer, na vida moderna, papel da maior relevância (e.g., a ação mandamental de *habeas* corpus, as ações de mandado de segurança quando o direito ofendido é direito sobre a pessoa). O que aconteceu, na ordem histórica, foi a evidenciação desses direitos, de modo que o ônus de alegar e provar passou a quem pretende exista o limite ou a restrição, que a mesma evo lução jurídica, constitucional, só admitiu por *lei* feita pelo povo (democracia direta), ou por seus escolhidos (democracia indireta).

b)

Os direitos sobre *a* pessoa de outrem são, de ordinário (não sempre), direitos de família. Como os direitos patrimoniais, dirigem-se para o exterior, à diferença dos direitos sobre a pessoa, que não saem, não se dirigem para fora. Entre os direitos patrimoniais e os direitos de família, há elemento discriminativo, que se encontra nesses e não naqueles, o de resultarem da incidência de regras jurídicas sobre suportes fáticos em que são elementos essenciais relação de vida com

outra pessoa e dever moral, a cujo cumprimento o direito sirva. Por onde se vê que no suporte fático do fato jurídico, que produz os direitos sobre pessoa de outrem, está, sempre, relação duradoura da vida, como a paternidade, a maternidade, o casamento, ou algo em lugar das relações daquelas duas primeiras classes (curatela, tutela, adoção, relações tutelares de direito público), que impõe deveres morais. A diferença entre os direitos de família e os direitos públicos tutelantes está em que a relação duradoura da vida, que se encontra no suporte fático daqueles, é de pessoa física a pessoa física (ou de pequeno número de pessoas físicas em conselho, como ocorre quando o sistema jurídico contém o conselho de família). A relação duradoura da vida não contém, necessariamente, a relação espacial de convivência (relação de comunidade doméstica): o filho pode ser criado, ou viver, fora da casa daquele dos pais que exerce o pátrio poder, ou o menor fora da casa do tutor, o parente longe dos parentes; enquanto pessoas que vivem sob o mesmo teto e, por vezes, na mais estrita comunidade econômico-social, podem ser e continuar pessoas estranhas (agregados, protegidos). Tal relação de comunidade doméstica que entrava, na Antiguidade e na Idade Média, em suportes fáticos de importantes fatos jurídicos, deixou de ter tal papel, restando apenas, no campo do direito público, certas Conseqüências de responsabilidade informativa e pelo dano, como o preenchimento de boletins ou informes demográficos, policiais, ou sanitários, e o dever de indenizar (art. 1.521,111 e IV), além das de ordem penal (eg., Código Penal, art. 61: “São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II. ter o agente cometido o crime: ,fl prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”). No direito feudal e pós-feudal, os direitos entre senhores e vassalos, ou outros dependentes, revestiam-se de certo laço familiar, que vinha até o famulato. Hoje, as novas regras jurídicas de proteção dos empregados são, em parte, típicamente de direito público.

c)

Os direitos patrimoniais servem às necessidades da pessoa; não correspondem a deveres morais do titular, — a satisfação do titular é o próprio fim deles; a moral apenas aparece, nos suportes fáticos das regras jurídicas, para evitar que nasçam (art. 145,11), ou para lhes limitar o exercício (há dever moral de só se exercerem os direitos de conformidade com os interesses humanos e esse dever serviu à concepção da regra jurídica do art. 160, I, 2ª parte, sobre exercício regular do direito). Em princípio, os direitos patrimoniais são transmissíveis entre vivos e a causa de morte. Não são todos de valor só econômico (pecuniário); daí haver direitos patrimoniais

intransmissíveis, *a)* Há os direitos reais, que se dividem em direitos *reais* de senhorio e direitos *reais á aquisição,* sendo esses os direitos a adquirir a propriedade ou algum direito real (direitos formativos geradores), como o direito de ficar com as raízes e ramos da árvore que tem o vizinho de que trata o art. 558. à) Há os direitos *sobre* bens imateriais (obras intelectuais, como os textos literários, artísticos, científicos; os modelos de utilidade patenteáveis e as marcas registráveis, enquanto sinais distintos vísualmente perceptiveis, segundo a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, arts. 9Q e 122), que pertencem a quem criou, se dizem direitos *de autor* São patrimoniais, se bem que nem sempre sejam redutíveis a valor pecuniário. *c)* Há os *direitos de* crédito, que se dirigem a prestação, de valor pecuniário ou não, e são de pessoa a pessoa (não de pessoa a sujeitos totais, como os direitos reais e os direitos sobre bens imateriais).

d)

Os direitos hereditários apresentam certas características: se alguém renuncia à herança (art. 1.581, 2ª

parte), o que vem após, na ordem da sucessão, herda, porém, verdadeiramente, já era titular de direito hereditário (cp. art. 1.584), direito que é atual, quanto ao que o herdeiro já pode exercer (e.g., art. 1.596), e eventual, quanto à aquisição da herança. O direito do herdeiro fideicomissário é mais "cheio": independe da vontade do fiduciário, posto que a renúncia por aquele possa ser a esse proveitoso (art. 1.729). Tem-se procurado ver no direito do herdeiro contra alguém que, invocando direito hereditário, que não tinha, obteve bem da herança, outro caso de direito subjetivo hereditário (e.g., L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª- 34ª ed., 176, e ainda Hans CarI Nipperdey, 39ª ed., § 72, IV, 2); mas sem razão, pois o que se apoderou do bem da herança sem ter direito a ela, ainda que isso só se julgue em ação rescisória de sentença, se pôs em situação de responder por ela. E verdade que diz o art. 1.580, parágrafo único: "Qualquer dos co-herdeiros pode reclamar a universalidade da herança ao terceiro, que indevidamente a possua, não podendo este opor-lhe, em exceção, o caráter parcial do seu direito dos bens da sucessão". Trata-se de estabelecimento de pretensão coletiva, que deriva da concepção da herança como unidade, como *universitas* (art. 57); *poderia* estar na Parte Geral o art. 1.580, parágrafo único; e seria o seu lugar próprio, pois a sentença sobre o assunto não produz coisa julgada material quanto ao direito de herança do autor (G. Planck, Kommenta V, 218; R.

Leonhard, *Der Erbschaftsbesitz,* 145; sem razão, E. Hôlder, Uber Ansprúche und Einreden, *Archiv fúr* die *civilistische Praxis,* 93, 23). O que se pode fazer é cumular a *ação de declaração* do direito *á he* rança (Klage auf Feststellung des Erbschaftsrechts), ou ocorrerá que se trate incidentalmente disso. O que não se pode pretender é que a ação do art. 1.580, parágrafo único, não seja pretensão coletiva (Gesamtanspruch), como sustentavam K. Hellwig *(Anspruch rind Klagrecht,* 62 s.), J. Binder *(Die Rechtsstellung* des *Erben,* III, 435

s.) e R. Leonhard (Der *ErbschaJtsbesitz,* 144 s); pois o conceito de universalidade está à base da regra jurídica do art. 1.580, parágrafo único (cf. G. Planck, Kommentar, V, 3ª ed., 217 **5.;** L. Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 3, 19ª- 21ª ed., 204 **5.;** contra, além de K. Hellwig, *Anspruch* und *Klagrecht,* 47 s., J. Binder, *Die Rechtsstellung* des *Erben,* III, 363 s., E Lent, Die *Gesetzeskonkurrenz,* 242 s., que negam existir no Código Civil alemão pretensão de petição de herança, *Erbschaftsanspruch,* e afirmam que apenas se tem a soma das pretensões particulares do herdeiro contra o possuidor da herança, e até cedo ponto H. Siber, Die Passivlegitimation bei der reivindicatio, 227 s. e 156, que alude a relação de todo a parte, em se tratando de pretensão à herança e pretensões particulares).

Consumada a aquisição da herança, os direitos subjetivos, inclusive aquele a que se liga a pretensão à herança (art. 1.580 e parágrafo único), já são no plano da Parte Geral e do direito das coisas. Se alguém obtém coisa da herança à base de direito hereditário que não existe, viola os direitos dos herdeiros, como donos da herança, não como *sendo* herdeiros, tanto quanto o que dissera ter herdado de B o bem de que A é dono.

4. *Coloração* do *objeto como elemento do suporte fático.* Quando se está a redigir regra jurídica e se cogita de determinar o elemento (objetivo) do seu suporte fático, ou se alude a objeto (coisa ou objeto não-coisa) que se há de inserir como fato, ou se alude a objeto de direito, isto é, a objeto que já esteve em suporte fático de alguma regra jurídica, de modo que a eficácia do fato jurídico, em que se tornou o suporte fático, o coloriu (= o fez objeto de direito). Por aí se vê que a regra jurídica do art. 592 (ocupação de coisa ainda não apropriada, ou abandonada) incide sobre suporte fático, um de cujos elementos (objetivos) é a *res nullus,* elemento do mundo fático, de onde não saíra, ou a que voltara; e a regra jurídica dos arts. 620-622 (tradição)

tem, no suporte fático, elemento (objetivo), que já é elemento do mundo jurídico.

5. Coisas corpóreas e *coisas* incorpóreas. Quando se fala de coisas corpóreas e coisas incorpóreas, dá-se a

"coisas" o sentido amplo de objeto. Aliás, os dois sentidos vêm do direito romano onde Gaio, na L. 1, § 1, D., *de* rerum diuisione *et qualitate,* 1, 8, dividia as *res* em *res corporales* e res *incorporales.* Poder-se-ia evitar a duplicidade de sentido (e.g., no Código Civil alemão, onde "coisa" só é objeto corpóreo); porém esse rigor técnico não tem sido a característica dos legisladores, nem da doutrina.

§ 118. Conceito de bens

1. "Bem", no Código *Civil.* O conceito de "bem", no Código Civil, arts. 43-49, 58-68 (cf. arts. 69 e 70), é aproximativamente o de objeto de direito; mais amplo, pois, que o de coisa. É ao conceito de bem, e não ao de coisa, que se prendem a distinção entre bens públicos e bens particulares, a distinção entre bens móveis e imóveis e, a despeito da expressão "coisas", a distinção entre coisas singulares e coletivas (ou universais).

2. *Iniciativa* como bem. A iniciativa é o aparelhamento imaterial, que não se pode reduzir a trabalho, no sentido estrito e inserto *e.g.* no art. 193 da Constituição de 1988, nem ao capital. E a soma de conhecimentos necessários e de atos de reunião ou captação de capitais, às vezes de capitais e trabalho, que serve ao lançamento, ao melhoramento e à expansão das empresas. Ainda se encontram mesclados na mesma pessoa os três elementos, ou só dois, e nas civilizações primitivas sempre apareciam indiscerníveis. Mas, na economia contemporânea, *que já a Constituição de 1946 supõe,* sempre que se acham separados, separadamente se hão de tratar. Uma das exigências do tratamento em separado éa separação das retribuições. A remuneração do trabalho, especifica, susceptível de estudo econômico, político e jurídico à parte, devido à sua especificidade, é o salário, ainda quando se lhe chame vencimento, honorário, provento etc., expressões que traduzem distinções sociais já desaparecidas ou ainda existentes. A remuneração do capital é o interesse, que é o

"preço" pela transferência do poder de empregar efetivamente ou de conservar o capital. Se é transferência em criação de relação jurídica pessoal *(e.q.,* mútuo), ou se substitui à relação jurídica real da propriedade (do dinheiro, ou de bens avaliados) relação jurídica real de outra natureza, há sempre o fator comum da transferência do poder de consumir ou de empregar o capital. O juro, a renda dos bens imóveis, ou móveis (fora o dinheiro e os bens fungíveis), e o dividendo são interesses, remuneraçõ es do capital. A remuneração da iniciativa, quando separada do trabalho e do capital, é a comissão, o prêmio, o ordenado dos diretores técnicos. Tudo isso é custo da produção. O trabalho de direção e de fornecimento de planos e conhecimentos, ainda nas relações interindividuais, pertence, por definição, à iniciativa.

§ 119. Valor e objeto de direito

1. Valor. Para o conceito de coisa, ou de bem, ou de objeto de direito é sem relevância o conceito de *valor.* O

que não tem valor pode ser objeto de direito, inclusive de direito das coisas (coisa em senso estrito). A tese de ser *res nullus* a coisa sem valor (Adamkiewicz, Der Niessbrauch am Bruchte, *Archiv fúr Búrgerliches Recht,* 31, 21 s.) tem de ser energicamente repelida. Há propriedade de coisas sem valor e, até, de valor negativo, pelo custo de as guardar (e.g., coleção de jornais velhos; direito de autor de telas, músicas, ou livros que não mereceriam ser editados e, de certo, ninguém os adquiriria; cartas, cartões, papéis de embrulho já utilizados; créditos contra insolventes). O Código Civil (arts. 52 e 53) abstrai do valor, ainda ao tratar do conceito de divisibilidade da coisa: no seu sistema jurídico, não se pode definir coisa divisível a que se pode cindir sem diminuição do valor (diferente, o Código Civil alemão, § 725; H. Dernburg, *Das Btirgerliche Recht,* lii, 5; B. Matthiass, *Lehrbuch,* 1, 77).

2. Determinação do valor. O valor pode ser *legal,* ou por determinação das circunstâncias. Por outro lado, o objeto não perde o valor se apenas diminui o seu valor de troca. Confusão surge em A. von Tuhr *(Der Alígemeine Te,* 1, 315), quanto a ser sem valor a entrada intransferível de teatro, ou cassino, ou restaurante, ou baile: a sua afirmação de ser tal a diminuição que o bilhete para o concerto se

despatrimonializa, tornando-se o seu objeto, tão-só, o gozo da música, é desmentida pelos fatos de, perdendo-o, ter de adquirir, pelo mesmo preço, outro, também intransferível, e poder ser responsabilizado pelo dano quem o inutilize.

Aliás, o gozo da música é momento posterior ao da avaliação do bilhete, é o momento da consunção do bem.

Espécies de coisas e de bens

§ 120. Coisas fungíveis e coisas não-fungíveis

1. Conceitos. Fungibilidade é a substituibilidade qualitativa e quantitativa. Em vez de se levar em conta a individualidade da coisa, atende-se ao gênero, que é classe. A formação da classe é determinada pelo tráfico h3bitual, e não arbitrariamente (J. Kohler, em E v. Holtzendorff, *Enzyklopàdie, 1,* 7ª ed., 20). A fungibilidade não se confunde com a determinação da coisa pelo gênero e pela quantidade, a que se refere o art. 875, pois essa determinação não advém do tráfico, e sim de enunciados do negócio jurídico (J. Meisner, *Das Borgerliche Gesetzbuch,* 1, 74; sem razão, P. Langheineken, Vertretbare und Gattungssachen, Zeitschrift *ftir Rechtspflege in Bayern, 7,* 176); nem se pode tornar infungível, por alguma proposição do negócio jurídico, a coisa que o é (H. Neumann, *Handsausgabe,* 1, 83).

2. *O art. 50.* Diz o art. 50: "São fungíveis os móveis que podem, e não-fungíveis os que não podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade". Somente se trata de coisas móveis; nunca de imóveis. A opinião isolada de P. Oertmann *(Allgemeiner Te,* 251) foi repelida. O conceito é assaz relevante para o conceito de mútuo (art. 1.256), o depositum *irregulare* e a assinação *(Answeisung).* Todas as moedas correntes, os cereais, os panos e as roupas são fungíveis. Também os papéis de valor (títulos de crédito), os livros da mesma edição, as máquinas que não foram feitas especialmente para o lugar ou para alguma indústria (portanto, sem razão, O. Wendt, Wie etwas heisst und was es ist!, *Archiu ftir* die *civilistische Praxis,* 103, 441 s., que as exclui sempre, e os demais que sempre as incluem, *e.g., G.* Planck, *Kommentar,* 1, @ ed., 179). As circunstâncias, em que as coisas se

destinavam a algum fim, não lhes apaga a qualidade de fungiveis. Todavia, peças de mobiliário, se, sem lhes prejudicar a destinação, não podem ser retiradas do conjunto, hão de ser tidas como infungíveis (H. Rehbein, *Das BOrgerliche Gesetzbuch,* 1, 96; O.

Warneyer, *Komentar,* 1, 121); bem assim, a roupa feita sob medida com pano especial (E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8ª e 9ª ed., 256).

§ 121. Coisas consumíveis e coisas inconsumíveis

1. Conceitos. "São consumíveis", diz o art. 51, "os bens móveis, cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação". A consumibílidade só se refere a móveis. Quem, tirando terra e outros materiais à ilha, a fez desaparecer, destruiu pelo uso, não a consumiu. De ordinário, a consumibilidade e a fungibilidade coincidem; mas há coisas fungíveis, como os livros, que não são consumíveis. E preciso que a consequência do uso seja imediata (= que a coisa móvel seja, por sua natureza, destinada à consunção), art. 51, *verbis* "destruição imediata". Se falta esse elemento, não se pode falar de coisa consumível: as roupas, por exemplo, não são destinadas a consumo, posto que se destruam com o uso; são gastáveis, não são consumíveis. Por isso, quando o Código Civil e outras leis se referem a coisas consumíveis, não se incluem as roupas (P. Oertmann, *Aligemeiner Te,* 253; O. Planck, *Kommentar,* 1, 1ª ed., 180; CarI Crome, System, 1, 297, nota 4).

2. *Consumibilidade por destino.* São também consideradas (= construídas) como consumíveis as coisas destinadas à alienação (art. 51, 2ª parte). O conceito de consumibilidade não as alcançaria daí a regra especial. Tais são o dinheiro, os cupões de juros, os títulos ao portador e os títulos à ordem. Não os demais papéis de crédito (E. Eck, *Vortrãge,* 1, 98; G. Planck, Kommentar, 1, 1ª ed., 180; Oertmann, *Allgemeiner Te,* 253; H. Rehbein, *Das Búrger- liche Gesetzbuch,* 1, 96; Goldmann-Lilienthal, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 122, nota 3; CarI Crome, *System,* 1, 297, que inclui quaisquer títulos de valor).

Também se consideram consumíveis as coisas que se acham em armazéns gerais, ou depósitos de mercadorias, ou em universalidades de coisas (art. 54, II), cujo uso consista em venda a retalho, ou em

grosso. Deixam de o ser, se delas saem (e.g., a roupa, que era coisa consumível enquanto na loja de fazendas ou de roupas feitas, torna-se coisa inconsumível, desde o momento em que alguém a compra para si ou para outrem), salvo se entram noutro armazém geral, depósito de mercadorias, ou universalidade, cujo uso consista em venda a retalho ou em grosso.

3. *Precisão de conceitos*. As coisas consumíveis são, em primeiro lugar, as coisas que se destinam a ser consumidas, e não basta, portanto, serem destinadas à alienação (cp. art. 51, in fine). O tráfico responde se a coisa é destinada ao consumo, ou não. Também se consideram consumíveis as coisas que pertencem aos armazéns de mercadorias, ou ao conjunto de coisas, como os relógios do vendedor ambulante e as caixas de vinho dos depósitos e das casas de importação ou exportação de vinhos. Não são, perante o direito, consumíveis, embora, faticamente, o sejam, os vestidos, os livros e os tapetes, porque se destinam a uso sem consumo. Se o uso consome, a coisa é consumível; mas pode ser consumível, por simples destinação, se nem sempre o uso a consumiria. Se a coisa está destinada à venda, à alienação, trata-se, enquanto está, como consumível, e consumível diz-se, porque o tráfico o exige. Não são *res, quae ipso usu consumuntur* ou *res quae in* abusu *consistunt* (aqui, *abusus* é consumo, cf. J. Fr. Góschen, *Vorlesungen,* 1, 232), como vinho, óleo, farinha, perfumes. Mas têm destino de alienação, espécie que o direito hodierno acrescentou às do direito comum. Quanto às res *quae usu minuuntur,* não são todas consumíveis; e.g., a faca, a pua, a enceradeira, a máquina de lavar roupa. Salvo se a minuição exaure, porque, então, *usu minui* é igual a *usu consumi (e.g.,* perfume, lâmina de barbear). À diferença dessas coisas, a máquina de encerar ou de lavar conserta-se, continua, ainda depois de longo uso, com o nome que tem e ceda aproveitabilidade como tal.

Assim, quando se fala de *usu minui* só se há de entender a coisa que, gastando-se, deixa de ser o que é (Btildt, *Der Niessbrauch an verbrauchbaren* Sache, 13). Tal consequência não tem, de régra, a diminuição qualitativa; tem-na a quantitativa (Ch. Er. Glúck, *AusJúhrliche Erlàuterung,* IX, 403; C.O. von Madai, *Beitrâge,* V, 157; R. von Jheríng, Kritisches und exegetísches Alierlei, *Jahrbúcher fúr die Dogma tik,* 15, 405; G. Hanausek, *Die Lehre uon* uneigentlichen *Niessbrauch,* 16s. **.;** contra E. 1. Bekker, *Svs* tem, 1, 303) se exaure, ou exaure até à equivalência a utilizabilidade da coisa como tal.

Atos de consunção são os atos exaurientes da substância, seja de uma só vez, seja pela continuidade do emprego. O vestido usa-se, torna-se roupa usada; não se consome. Os juristas romanos (Ulpiano e a codificação justinianéia) contradiziam-se (L. 9, § 3, D., *usufructuarius quemadmodum caveat,* 7, 9; L. 15, §

4, D., *de usujructu et* quemadmodum *quis utatatur fruatur,* 7, 1, que não reputava consumível as vestes; e §

2, 1., de *usu fructu,* 2, 4, que a considerava, mas R. von Jhering, 406, achou, sem razão, que *vestimenta* está, por erro de cópia, no texto justinianeu, em vez de *esculenta).* O erro foi das Institutas (A. Vinius, *Institutionum,* II, 4, § 2; G. Noodt, *Opera* omnia, Livro 1, 20; cp. M. A. Galvanus, *De usufructu dissertationes variae,* Cap. III, § 6, que entende dever-se inquerir da vontade do testador, seguido por outros, como Ph. Held, *Die Lehre* vom ususfructus *earum rerum,* 45; sendo que se referem à regra jurídica de interpretação e à espécie de vestes, G. E Puchta, *Vorlesungen,* 1, 403, e R. Elvers, *Die rómische*

.*Servitutenlehre,* 695).

§ 122. Dinheiro

1. *Conceitos.* Nas leis fala-se de dinheiro, sem se lhe dar definição. Há, em verdade, duas significações: *a)* uma, que é a usual;

b) outra, a que resulta do direito público interno. Se alguma coisa é tida como meio comum de valor, dinheiro é (cédulas de emissão do Tesouro Nacional, moedas estrangeiras, papel-moeda estrangeiro, bilhetes de bancos estrangeiros). No sentido estrito, dinheiro é o que tem curso forçado no pais; portanto no Brasil, o que for emitido com a autorização do Congresso Nacional (Constituição de 1988, art. 48, XVI). Se foi usada a expressão "dinheiro" no sentido *a),* ou no sentido b), é questão de interpretação, mas, na dúvida, entende-se no sentido à). Nas próprias leis, dinheiro pode estar em sentido *a); e.g.,* no art. 432, sobre dinheiro pertencente aos tutelados.

2. *Espécies* de dinheiro. Dinheiro corrente (= moeda corrente) éa que tem de ser recebida por aqueles que têm pretensões a dinheiro, ou valor de alguma coisa. Dinheiro miúdo ou moeda relativamente

fracionária é a que não corresponde a certo estalão da vida, quanto a prestações (e.g., não se pagam dois milhões de reais em notas de real). Dinheiro papel é o que exprime seu valor mas é apenas papel a que se deu o curso forçado.

Valor nominal do dinheiro é o que está impresso na moeda ou no papel. Valor intrínseco é o valor do metal, em que se fez a moeda; e o papel-moeda não no tem. Valor em curso é o que, em comparação com a moeda estrangeira, ou alguma moeda nacional, tem o dinheiro; pode ser o comum do tráfico ou o de bolsa. Se o valor do dinheiro diminui de muito, ou ocorreu isso por inflação (excesso de meio circulante), ou por falta de divisas estrangeiras (o que nem sempre corresponde à inflação).

3. *Consumibilidade.* Discute-se se o dinheiro é coisa consumível, ou se o não é. O direito romano tinha-o como consumível (L. 32, D., de *minoribus viqinti quinque annis,* 4, 4; L. 13, D., de *rebus creditis,* 12, 1; § 2, 1., de *usu fructu,* 2, 4). A sua *assidua permutatio* dá-lhe a natureza de coisa consumível: "in ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur". Destina-se à alienação. Não se consome o metal, ou o papel; mas consome-se o valor, que é o dinheiro. Serve de meio de troca, de mercadoria e de meio de transporte. Os juristas romanos viram bem quanto o destino a ser alienado tornava consumível o dinheiro (cf. H.

Hohenemser, *Die Konsumation des Geldes, 76;* Georg Hoffmann, Die *uerbrauchbaren Sachen,* 36). No texto justinianeu, a *pecunia numerata* é chamada "próxima" das coisas consumíveis, porque ainda não se havia o princípio geral do art. 51, 2ª parte. Mas tal consumibilidade pode cessar, se a destinação à alienação cessa (e.g., coleção de moedas), ou se, tratando-se de dinheiro metálico, intervém a má-fé, que permite a reivindicação (art. 616). O dinheiro como valor não é suscetível de comistão, ou confusão, de modo que o dono de um milhão de cruzeiros não fica dono de um cruzeiro, que se misturou com aqueles.

como o título dos estabelecimentos. Pode compreender o nome e subtítulo ou o subnome ou nome adjeto; ou só aquele.

Os nomes que se dão em ciência, como raios Rõntgen, relatividade einsteiniana, moléstia de Chagas, teorema de Gódel, não entram no mundo jurídico. Participam da livre disponibilidade de espírito, que é essencial à ciência, e a carga de estabilidade, que tem o direito,

prejudicaria o ambiente de liberdade de que devem desfrutar a investigação e a nomenclatura científicas. A ciência mesma se protege (cf. Martin Isaac, *Der Schutz* des Namens, 69; A. Weber, Dogmatik *des Namensrecht,* 45). Se se quer a tutela da propriedade científica ou industrial, nada tem isso com o nome, — ou se adquiriu exclusividade de marca de indústria e de comércio, ou da expressão ou sinal de propaganda.

§ 123. Nomes das coisas

1. Coisas têm nome. As coisas também têm nomes. Os nomes das coisas não entram no mundo jurídico senão excepcionalmente. Permanecem no mundo fático: nele é que o cavalo se chama "Furacão" e a fazenda "Duas Barras", ainda que conste dos registros (e.g., Lei ne 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 176, § l~, II, 3), *verbis* "e denominação, se rural"). O nome das casas é livre. Todavia, se alguém põe "Leão de Ouro" na casa, para estabelecer confusão com o restaurante do mesmo nome, ou instalado em casa do mesmo nome, o seu dolo ou culpa permite a ação do art. 159, se o ato causa dano ao dono do restaurante. O nome não entrou no mundo jurídico, mas figura como elemento no suporte fático de ato ilícito absoluto. Ao tempo da escravi-dão, os escravos tinham nome, nome de coisas, que o dono lhes dava. Depois, com o batismo, estabeleceu-se contradição entre o direito e a religião. Outras contradições são internas ao direito; e.g., nos sistemas juridicos (não assim no brasileiro), em que se atribui personalidade às sociedades comerciais e se reputa nome de coisa o seu nome,— velha confusão com o titulo do estabelecimento ou a insígnia.

Têm nome os jornais, as revistas, os boletins e os livros. O nome dos periódicos entra, com o registro, no mundo jurídico,

2. *Espécies.* Nomes de coisas, que entram no mundo jurídico, são os nomes dos estabelecimentos ("títulos"), algumas vezes as insígnias e as marcas de indústria e de comércio, que são nomes de espécies de coisas. O

nome comercial é nome de pessoa. Ao instituto das marcas de indústria e de comércio corresponde proteção do nome de espécie, que, de regra, não é tutelado. Os sinais e expressões de propaganda também se aplicam em espécies , porém não são, propriamente, nomes de coisas. Até certo ponto, nomeiam-nas com as indicações de procedência, que se prendem ao direito à verdade. Os navios e demais

embarcações têm nomes, que entram no mundo jurídico.

3. *Escolha do* nome *das* coisas. Na escolha do nome de coisa, pode preferir-se nome de pessoa, e somente o art. 159 ou as regras jurídicas de tutela de nomes de coisas podem vedá-lo. Se o titular do nome usa-o como nome de coisas, é direito seu; se alguém usa o nome de outrem, ou o faz com o seu consentimento, ou com a presunção desse consentimento (e.g., deu ao grande edifício de residência ou de escritórios o nome de algum estadista ou escritor), ou contra o seu consentimento. Se se trata de homem público, a sua oposição, sem provar ofensa a algum direito absoluto, ou relativo, em que seja devedor (consentira, antes, em negócio jurídico, em que se dera o seu nome a algum estabelecimento de igual finalidade), é insuficiente: se causa dano, a utilizaçao é lícita (A. Weber, Dogmatik des Namensrechit, 71). Não pode ser posto o nome que aluda à profissão do titular; *e.g.,* o nome do cirurgião no prédio destinado a hospital, o nome do engenheiro arquiteto no prédio destinado a escritório de arquitetos; salvo se já falecido o titular do nome. Se não é de nome de edifício que se cogita, e sim de estabelecimento, ou insígnia, ou marca de indústria e comércio, ou sinal ou expressão de propaganda, é preciso o consentimento do titular, ou dos seus "sucessores diretos" (cf.

Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, que instituiu o primeiro Código da Propriedade Industrial, art.

95, 9ª, 120, 79, e 125, 49; ainda, Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, art. 195, V, *vg.)*.

4. Direitos *oriundos do nome das coisas.* O nome de coisa, entrando no mundo jurídico, dá ensejo a fato jurídico, de que se irradiam direitos; nunca, está visto, direito de personalidade. Aliás, usou-se e abusou-se, no começo do século XX, das analogias com o direito ao nome de pessoa. Trata-se de direito de propriedade, se é, na espécie, regulado em lei, ou de direito à identificação das coisas, direito que se contém no de propriedade delas e é protegido, se a ofensa atinge à propriedade. Não seria difícil conceber-se direito à parte, mas a tal grau de expansão ainda não chegaram os sistemas jurídicos (A. Weber, Dogmatik des *Namensrecht,* 73). Se o direito ao nome de coisa não resulta de registro, a ação de abstenção e a de preceito cominatório inicial não cabem. Só o registro pode dar-lhes base. A ação do art. 159 é que seria intentável, pela falta de subjetivação do direito ao nome de

coisa.

§ 124. Bens imóveis

1. Conceito. Os bens imóveis ou são coisas imóveis ou outros objetos de direito que o sistema jurídico tem por bens imóveis. São *coisas imóveis* os *prédios (praedia),* isto é, o solo, com o subsolo e o espaço aéreo, árvores, frutos pendentes, a semente lançada à terra, os edifícios e construções, que se não possam remover sem destruição, modificação, fratura, ou dano (ligação corporal), e o que, embora seja despregável sem alteração do imóvel e apareça, exteriormente, como coisa, esteja ligado ao solo, em conexão corporal que se baseie, pelo menos, na gravidade e tenha sido colocado para perder a sua individualidade (art. 43, III: "Tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade"). O bem imóvel faz então um todo, sendo que o terreno é o núcleo; sem ele não se pode pensar em edificação, ou outro bem, que possa ser tido como objeto de direito em separado. O

edifício é parte integrante do prédio. Bem assim, os muros, os canais, os canos, as manilhas; porém não os bancos do jardim, ainda que tenham lugar para encaixe dos pés, posto que o lampião de quintal, ou jardim, ainda que apenas colocado no lugar e fixado só por seu peso, seja parte integrante. As persianas têm-se como partes integrantes, como as grades aparafusadas, os toldos que foram feitos sob medida e se colocam em ferros embutidos, os refrigeradores e aquecedores que se encaixam na parede, ainda que separáveis, se é a espécie do art. 43, III. Os próprios bancos de jardim, se feitos para o estilo especial da casa e para se ligarem a ela, segundo o art. 43, III, são parte integrante.

2. *Partes integrantes.* O *terreno* é que é o substrato, o núcleo, o cerne, do bem imóvel por sua natureza; sem ele, não há bem imóvel por sua natureza (arts. 43, 1-111, e 44, 1). Diz o art. 43:

"São bens imóveis: 1. O solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o

espaço aéreo e o subsolo". Aliás, o art. 43 há de se entender como se enunciasse; "Faz parte integrante do imóvel . . ."; porque a enumeração (1-111) de-modo nenhum significa que a cada inciso (1, II, III) corresponda um imóvel: está-se a analisar bem imóvel, e não a exemplificar ou apontar, exaustivamente, os bens imóveis. O núcleo é o terreno, desde que, transcorrida a antignidade, se começou de descobrir o que havia de ser tratado diferentemente, no direito, em razão da imobiliarídade e da mobiliaridade da propriedade e da função econômico-social. No direito brasileiro, a superfície é parte integrante: não temos direito de superfície; as acessões (impropriamente chamadas "acessórios", no art. 43, 1) integram-se ao imóvel (arts. 530, II, 536 a 549), e "adjacências naturais" são as partes que aumentam o terreno ou seja por ilha ou ilhota formada, aluvião, ou avulsão, ou abandono de álveo ou construção, ou plantação, ou por ação irracional, como é o caso do amontoamento de areia, ou terra, ou folha, trazida pelo vento, ou por animais.

Prédio é parte da crosta terrestre, determinada ou determinável por seus limites bidimensionais (terreno).

Tudo que não é parte integrante de prédio é coisa móvel. Se a máquina corta, por baixo dos alicerces, o edifício congelado e o desloca para transporta-lo a outro terreno, quiçá a outra cidade, "mobilizou-o": aquele edifício, que antes era parte integrante do prédio, deixou de o ser; é coisa móvel, autônoma. Passou a ser coisa móvel desde o momento em que foi cortado, para ser deslocado definitivamente. Ao ser recolocado noutro lugar, imobilizar-se-á, pois tornar-se-á parte integrante de outro prédio. O conceito de bem imóvel éassaz importante no sistema do Código Civil; e.g., **art.** 10 da Introdução (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 8ª, § 1ª), 70, 134,!!, e 589, II, 235, 1 e II, 242, 1-111, 251, parágrafo único, II e IV, 290, 291, 293, 310, 386, 429, 433, II, 472, 474, 475, 498, 530-588, 676, 776, 1.200-1.215. As partes do terreno que podem ser alienadas em separado são partes integrantes *não-essenciais;* se a legislação federal, estadual, ou municipal fixa o tamanho menor do terreno, as partes dele somente podem ser alienadas até onde não infríngem a lei: essencialízou-se o resto. Tal regra jurídica não exclui a alienação de partes indivisas. O imóvel pode ter *partes ideais;* não pode ser composto por parcelas. Para que exista comunhão *pro diviso,* é preciso que assente em partes ideais: não há comunhão *pro* di *viso* do edifício e do terreno, —

dividir-se-ia o prédio (edifício mais terreno), se pudesse ser concebida e realizada. As *partes reais* do imóvel (a casa, a casa de empregados, a

piscina, o jardim) não se podem considerar, sempre, partes essenciais do imóvel. Algumas podem ser alienadas e adquirem independência, pelo registro, e o próprio dono pode pedir o registro do título de devisão, ou irem ser partes de outro imóvel. As *partes ideais* nunca se podem ter como independentes. A comunhão pro *diviso* obtém que as partes ideais, com a divisão, *e.g.,* do edifício em apartamentos, funcionem como se fossem independentes.

O

art. 43,111, fala do que o proprietário mantiver intencionalmente incorporado ao imóvel, para sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade. Supõe relação jurídica de propriedade em que *também* seja titular o dono do imóvel. O que o possuidor *(e.g.,* locatário, comodatário, depositário) incorporou intencionalmente para exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade, não se torna parte integrante do prédio. Se não entra nas espécies do art. 43, li, não há pensar-se em integrar-se no imóvel o que *era* e é alheio. No art. 43, III, somente cabe o que *era* do proprietário e se incorporou, ou não era do proprietário, mas, em virtude da incorporação e de negócio jurídico translatívo, se *tornou* do proprietário. Se o locatário promeTe fazer as instalações, dizendo que se transferiria, ipso *facto,* ao dono do prédio locado, o que se incorporou se tornou do dono do prédio (cf. Corte de Apelação do Distrito Federal, 26 de agosto de 1936, *RT* 106/288; V Câmara do Tribunal de Apelação do Paraná, 20 de dezembro de 1943, *P(J* 39/26: "do texto resulta que a coisa móvel somente adquire a condição de imóvel por destino, pela vontade do proprietário do imóvel a que a mesma vai ser ligada. E, no caso dos autos, não interveio a vontade do dono do imóvel principal ou de representante seu, na imobilização do maquinismo"), e por isso não pode ser penhorado por dívidas do locatário; *aliter,* se tal incorporação foi intencional para a exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade, mas sem transferência negocial e pode ser retirado o que se incorporou, sem destruição, modificação, fratura ou dano. Aliás, se o próprio proprietário é que incorpora coisa sua, a intenção de ser definitiva a ligação e permanecer a intenção são elementos essenciais para se invocar o **art.**

43, III (lª Câmara do Tribunal de Apelação do Paraná, 17 de novembro de 1943, *RI* 39/22).

O

que importa é a figura da exploração industrial, ou a estrutura estética, ou o todo de conforto do imóvel, para se saber se houve inserção da coisa, intencionalmente, por quem dela podia dispor, no imóvel. Assim, se não havia poder de dispor, a que o acórdão da 4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 1ª de março de 1939, chama "poder de imobilizar", não há cogitar-se do art. 43, III, se bem que possa incidir o art.

43, II. Se não houve a intenção por parte do que pode dispor da coisa inserível, não há pensar-se no art.

43,111, se bem que possa incidir o art. 43, II. Se não há o todo de exploração industrial, ou o aformoseamento, ou o acréscimo de conforto, o art. 43, III, não incide, se bem que possa incidir o art. 43, li.

Em consequência disso, o gado, que se acha em imóvel, destinado à venda de leite, sendo essa a exploração industrial única, ou preponderante, insere-se no prédio, se bem que o gado destinado a simples pastagem, ou a venda, se mantenha como coisa à parte (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de maio de 1947, *RT* 169/747, 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de janeiro de 1950, 185/859; 1ª

Câmara, 6 de junho de 1950, 188/325). E preciso verificar-se, previamente, se há a figura da exploração, ou a destinação de aformoseamento, ou de conforto; porque não basta a permanência do móvel no imóvel do mesmo proprietário. Depois, se houve a intenção de imobilização e se essa intenção permaneceu: quem tem poder de dispor do bem móvel pode mobilizar; para se desimobilizar, é preciso que se tenha poder de dispor do imóvel, porque, com a imobilização, o móvel passou a ser parte integrante do imóvel; desimobílizar é dispor, em parte, do imóvel, o que só não tem as Conseqüências de ser preciso observar-se o direito concernente à disposição de parte do imóvel, porque tal parte é separável por simples vontade de quem pode dispor do imóvel. Se a volta à mobilidade é em fraude à lei de direito público, ou de direito privado, é outra questão (e.g., 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de maio de 1939, *RT* 121/599: "...o art. 45

do Código Civil permite que esses bens, imóveis por destino, sejam mobilizados. É uma faculdade conferida ao proprietário, a de os dissociar do imóvel, ou de os distrair do serviço, segundo a tecnologia do direito português. Valendo-se dessa faculdade, muitas vezes burlam

as partes o fisco vendendo separadamente os imóveis por destino e o imóvel por natureza. A jurisprudência francesa considera frau-dulenta a mobilização todas as vezes em que não é ela evidenciada por ato material e externo. E assim é quando a mobilização resulta de uma simples declaração feita pelo vendedor, se os dois atos de venda se passarem entre as mesmas partes e em datas mais ou menos próximas").

3. *Bens imóveis por lei.* Diz o art. 44: "Consideram-se imóveis para os efeitos legais: 1. Os direitos reais sobre imóveis, inclusive o

penhor agrícola, e as ações que os asseguram. II. As apólices da dívida pública oneradas com a cláusula da inalienabilídade. III. O direito à sucessão aberta." O emprego da expressão "bens imóveis", em vez de coisas, é sem maior alcance para se entender a imobilização *técnica,* que se opera no art.

44, II e III. Selam bens móveis, sem esses incisos do art. 44; e poderiam ser tidos por móveis, sem o art. 44, 1, os bens referidos no inciso 1. A técnica legislativa faz exaustivas as duas classes dos bens (imóveis, móveis); conforme ressalta nos arts. 44 e 48. O direito que não é bem imóvel é bem móvel.

No art. 43, o Código Civil, ao definir bem imóvel, disse que como tal se considera o que o homem incorporar permanente-mente ao solo, como os edificios e as construções (art. 43, 11), de modo que não se possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano. No art. 61, aludindo à relação de acessão, que a má terminologia do Código Civil elevou a relação de acessoriedade, distinguindo *dentro* do conceito de prédio (solo ± 4, acrescentou-se que são acessórios *(sic)* as obras de aderência feitas acima ou abaixo da superfície.

Pensando em que a obra pode ser necessária, útil ou voluptuária, conforme a intensidade do benefício, distinguiram-se no art. 63 as três espécies. A regra jurídica éde grande importância se se tem de determinar a obrigação de alguém em relação ao possuidor desapossado (arts. 516-519), ou fora das ações de restituição de posse (ads. 545-549). Não se precisou, nos arts. 545-549, referir a necessariedade, utilidade ou voluptuariedade da obra ou da plantação, ou semeadura, porque nos arts. 516-519 só se fez isso para se determinar, conforme a boa ou a má-fé, o direito do possuidor ou o seu não-direito.

As construções desmontáveis não acedem ao imóvel, tais como os quiosques, barracas de madeira, poleiros, chalés de ferro ou de pau (4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de abril de 1932, tU 84/345). A construção de aderência permanente acede ao imóvel, ou é parte integrante ou é benfeitoria útil, ou necessária, ou voluptuária. O possuidor, que a fez, tem direito a indenização, por força do art. 516, ou do art.

517, ou do art. 547; razão por que foram evidentemente injustos os acórdãos da 4ª Câmara do Tribunal dc Justiça de São Paulo, a 15 de fevereiro de 1932 *(RT* 86/408) e da 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 27 de novembro de 1939 (125/573; *AJ* 53/373).

Os direitos reais sobre imóveis, inclusive os créditos hipotecários, são bens imóveis: usufruto de imóvel, uso de imóvel, habitação, hipoteca *(aliter,* no direito alemão, L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30e~34ª ed., 290), renda imobiliária, anticrese; não os créditos à transmissão de tais direitos ou à liberação, mas os acordos de transmissão, os negócios jurídicos unílaterais de perda da propriedade imobiliária e os negócios jurídicos de liberação (sem razão, L. Enneccerus, 1, 290, que inclui aqueles).

As apólices da divida pública gravadas dc inalienabilidade (e não só as oneradas com a cláusula de inalienabilidade) são bens imóveis (cf. arts. 386 e 429, 432, § 1ª e 472). Quando a lei manda converter em apólices o produto de bens imóveis, ou algum dinheiro, para que oportunamente se convertam em imó vel, imobiliza as apólices da dívida pública.

§ 125. Bens móveis

1. Conceito. São *bens móveis* as coisas móveis e outros objetos de direito que o sistema jurídico tem por bens móveis. São coisas móveis as coisas que não são imóveis e as que, móveis, não fazem parte integrante de imóvel. O Código Civil empregou outra definição (art. 47): “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia” (cf. Teixeira de Freitas, *Esbôço,* art. 388; Código Civil francês, art.

528: “Sont meubles par leur nature les corps qui peuvent se transpoder d‟un lieu àd‟autre, soit qu‟ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu‟ils ne puíssent changer de place que par l‟effet d‟une force étrangére, comme les choses inanimées”; argentino, art. 2.352 que ressalva os que se tornaram partes integrantes de imóvel; uruguaio, art. 415).

2. *Bens móveis por lei.* Diz o art. 48: “Consideram-se móveis para os efeitos legais: 1. Os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes. II. Os direitos de obrigação e as ações correspondentes. III. Os direitos do autor”. Os direitos reais sobre objetos móveis nunca se imobilizam; bem assim os direitos do autor. Se fazem parte de patrimônio hereditário, esse é que é tido por bem imóvel (art. 44,111). Quanto aos créditos, às pretensões e às ações respectivas, se não são créditos *reais sobre* imóveis, permanecem bens móveis, razão por que a pretensão à prestação do imóvel é bem móvel *(aliter,* o direito á reivindicação, a pretensão e ação reivindicatória). O art. 48, II, sofre a limitação que deriva do art. 44, 1, uma vez que não só as ações *reais* são ações que asseguram direitos reais. Não é bem móvel, por exemplo, a ação de resolução do contrato de venda e compra do imóvel, ou outro semelhante, posto que se trate de ação que se refere a direito de obrigações.

3. *Materiais de construção.* Os materiais destinados à construção, *ea quae parata* sunt *ut imponantur,* não são, ainda, parte integrante do imóvel, portanto *non sunt aedificii,* não são do edificio (L. 17, § 10, *in fine,* D., *de* actionibus *empti venditi.* 19, 1). É interessante observar-se que o compilador da L. 17, 5 10, primeiro falou de não perder a qualidade de parte integrante do edifício o que dele se retira para se repor; depois, de não ser parte integrante do edifício o que está preparado para se lhe inserir (Ea, quae ex aedifício detracta sunt ut reponantur, aedificii sunt: at quae parata sunt ut imponantur, non sunt aedificii). Essa lição de Ulpiano ressalta no art. 49: “Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam a sua qualidade de móveis. Readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio”. Demolição parcial, ou total, sem que haja o intuito de os repor; porque, se o há, rege, então, o art.

46, concernente aos imóveis. condominio, salvo do solo, mas há comunhão. A divisibilidade da coisa não a faz desde logo dividida. O

relator do acórdão confundiu divisão e divisibilidade, que apenas é possibilidade de divisão. Ninguém que seja condômino pode hipotecar parte divisa, que ainda não existe; pode hipotecar parte indivisa, como pode aliená-la (art. 623, III). Na comunhão *pro diviso* dos edifícios de apartamentos, ou qualquer outra, a parte divisa pode ser alienada ou dada em garantia, com a implícita alienação ou dação em garantia do que seja indiviso (alienação ou gravame do diviso + alienação ou gravame do indiviso).

§ 126. Coisas divisíveis e coisas indivisíveis

1. Conceitos. A determinação do que é divisível e do que é indivisível pertence à técnica jurídica legislativa.

No resolver o problema, os legisladores são levados por suas convicções filosóficas, e, no fundo, por suas cargas psicanalíticas. A idéia da coisa e o seu todo corpóreo exercem, aí, o papel de ingredientes que se dosam: ora só se atende, ou se atende mais ao que é divisível quanto à idéia, ora quanto à consistência física.

Para Platão e platônicos, dividir é dividir a idéia: a idéia há de ser divisível para que os corpos o sejam. E o caso de Quinto Múcio Cévola (L. 25, § 1, D., *de verborum significatione,* 50, 16). A teoria da divisibilidade de Aristóteles atendia ao divisível por natureza (ouro, prata, terra, chumbo, ferro; carne, ossos, cabelos, madeira, folhas) e ao dívisivel por partes desiguais (cabeça, pés, mãos e pernas, braços, tronco). A concepção de Teofrasto frisa que a idéia, o conceito da coisa, é que prima.

As estradas de ferro e as linhas de bondes são coisas indivisíveis. Não se pode penhorar parte da estrada, ou linha (Supremo Tribunal Federal, 8 de junho de 1938, *AJ* 50/210).

O Supremo Tribunal Federal, a 4 de janeiro de 1939 *(RT* 124/737), comete grave erro de direito ao dizer que o condômino, se é divisível a coisa, pode dar em garantia a parte que tenha, e só a respeito dessa parte há a indivisibilidade da hipoteca. Se há condominio, há indivisão; na comunhão *pro diviso,* não há 2. *A definição* do Código *Civil.* No Código Civil, define o art. 52: “Coisas divisíveis são as que se podem partir em porções reais e distintas, formando cada qual um

todo perfeito". No art. 53, acentua-se: "São indivisíveis: 1. Os kans que se não podem partir sem alteração na sua substância. II. Os que, embora naturalmente divisíveis, se consideram indivisíveis por lei, ou vontade das partes". Nenhuma alusão ao valor A *natura* ("substância", art. 53,1), o "todo", em que se torna, ou já era, a porção, é o que importa.

A base filosófica está em Quinto Múcio Cévola. Paulo soube contrastar aos dois juristas, Quinto Múcio Cévola e Sérvio Sulpício, diante da mediocridade fecunda do último.

§ 127. Partes integrantes

1. Conceito *de parte integrante.* Chamam-se partes integrantes as partes concretas que entram na unidade que faz a coisa. Se não podem ser separadas, sem que, com isso, se deteriorem as outras, ou elas mesmas, ou sem que modifiquem em sua natureza aquelas, ou essas, dizem-se *essenciais.* Não podem ser objeto de re-lações jurídicas distintas ou de direitos distintos: são objeto, se o são com as outras; sem as outras, de modo nenhum. Isso não justifica que se defina a parte integrante essencial como a que não pode ser objeto de relação de direito, ou de direito, em separado.

Há partes que não podem ser objeto, em separado, sem que sejam essenciais.

A distinção entre partes integrantes essenciais e partes integrantes não-essenciais não é somente econômica; é jurídica. A concepção do tráfico exerce papel de relevo. Diz-se que, se a coisa é uma só, só tem partes integrantes essenciais (W. Widmann, *Der BegrifJ des wesentlichen Bestondtes,* 15). Mas esquece aos que assim pensam que a unidade raspa diferença entre coisas, que antes poderiam ser sós, pela intensidade da junção das partes, da adesão e coesão delas. A máquina é unidade; cada parte dela lhe é essencial; mas vendem-se peças. Isso impede que se lhe mude, com a perda da parte integrante, a natureza. Ao solo pode-se destruir o edifício e sobre ele construir-se outro e o edifício é parte integrante. O conceito de parte integrante essencial é independente da unidade da coisa, e não depende só, e sempre, da concepção do tráfico. Se a parte integrante, desaparecendo, ou sendo sacrificada, tira à coisa o seu interesse econômico, é essencial. Se, com

isso, não se destrói a coisa, nem se lhe muda a natureza, a parte integrante é inessencial.

Os direitos reais de que é titular todo proprietário de imóvel são parte integrante dele; entendem que os outros direitos, que não podem ter essa titularidade "fungível", não no são, muitos autores, inclusive W.

Umrath *(Der Begrifi des wesentlichen Bestandtes,* 45), ao passo que outros o admitem. Mas a primeira opinião é que é a ceda.

2. Coisa *e parte integrante.* Somente coisa ("coisa corpórea") pode ter parte integrante. Direitos não têm partes integrantes, no sentido que aqui se emprega. Se a unidade da coisa é só econômica, não há falar-se de parte integrante. E preciso que a unidade das coisas compostas chegue a ser tal que faça surgir unidade corporal, reconhecida pelo tráfico. Por outro lado, somente coisa (corpórea) pode ser parte integrante. Não basta que exista ceda relação espacial *(aliter,* para haver pedença); é preciso que se dê conexão física ou mecânica , ou justaposição corporal imediata *(e.g.,* anel e pedras); porém a firmeza não é de exigir-se, nem o colamento.

3. *Todo e conceito de todo.* O que decide quanto a haver, ou não, o todo, a unidade da coisa, são o nosso conceito, segundo o tráfico, e as relações inter-humanas, no círculo social em que se considera a coisa, sem se abstrair das circunstâncias, que podem influir. Se a concepção vigente não tem as "coisas" como partes integrantes, não há partes integrantes, mas coisas distintas. O juiz tem de apreciar cada caso (G. Planck, *Kommentar,* 1, 1ª ed., 184), atendendo aos arts. 126 e 337 do Código de Processo Civil. As coisas que foram unidas ao terreno ou ao edifício, com intuito temporário, não são partes integrantes. O art. 43 diz: "São bens imóveis: III. Tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade". O emprego há de ser permanente, para o *usus perpetuus* do imóvel. O que se uniu para algum tempo não se fez parte integrante. Os direitos reais a favor do imóvel são parte integrante dele. Essas regras jurídicas, extraídas do sistema do Código Civil, são regras jurídicas *cogentes (O.* Planck, *Kommentar,* 1, 1ª ed., 189; E. Heilborn, Die *rechtsgestaltende Kraft der Sachverbindung,* 117; O. Lenel, Gutachten, *Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentags,* III, 1, nota 2; P.

Oertmann, *Allgemeiner Te,* 268; sem razão, E Affolter, Der kórperlíche Gegenstand, *Deu tsche Juristen-Zeitung,* 12, 934, discutido, com finura,

pelo juiz Hoyer, Wesentliche Bestandtee, 12, 1.368 s). A conexão corporal é dispensada, se, no registro da fazenda, ou do engenho, ou da usina, ou outra propriedade territorial (registro de imóveis), foi registrado o título de aquisição de terreno como parte integrante daquela propriedade, embora não limítrofe *(aliter,* se do registro consta como pedença). A separação ocasional, ou temporária, não exclui haver parte integrante.

4. *Produtos do prédio.* Os produtos do prédio são partes integrantes (essenciais) dele, enquanto não se separam. No art. 43, diz-se que: "São bens imóveis: 1. O solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências materiais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, à espaço aéreo e o subsolo". Em termos técnicos, são partes integrantes do imóvel a superfície, as acessões e os produtos dele, o espaço aéreo e o subsolo. Frutos pendentes são os frutos *antes* da separação. São eles partes integrantes. Está-se em pleno mundo fático: alude-se, no máximo, a coisa *futuro.*

5. *Incorporação permanente ao* solo. O que se incorporou ao solo, permanentemente, é parte integrante (art.

43: "São bens imóveis: II. Tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que não se possa retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano"). Não é preciso, portanto, que germinem as sementes, ou as plantas em galho tomem raízes; basta a semeadura, ou a plantação. Daí resulta que, em princípio, não é possível transmissão da propriedade dos frutos pendentes, das sementes e das plantações sem a transmissão do imóvel; posto que se possa, no plano do direito das obrigações, prometer a transmissão dos frutos pendentes, ou das sementes, ou plantações, a certo tempo, ou quando o entenda o outorgado, inclusive é permitida a promessa de transmissão, com o acordo de transmissão para quando se der a separação. Então, ocorrendo essa, o outorgado recebe a propriedade dos frutos, ou das plantas, se está de posse do imóvel (O. Planck, Ko *mmentar,* 1, 1ª ed., 193).

Quando o art. 43, 1, diz que as árvores são parte integrantes do solo, não estabelece que a integração não possa cessar. Cessa desde que se corta a árvore, sem ser para se inserir, de novo, no prédio. Se a árvore foi cortada para se fazer a cerca, enquanto não cessa essa destinação

interior ao imóvel, continua de ser parte integrante. Dá-se o mesmo com as terras que são transportadas em carros, ou em barcos, para barragens de rios do imóvel. Ou com as pedras com que se vai fazer o alicerce da casa. Por outro lado, pode ser prevista a desdestinação de parte integrante, se ela não é essencial. O contrato, em que se permite a alguém cortar as árvores, estabelece que a separação da parte integrante *ocorrerá* ao tempo do contrato. Se, com isso, se atribui posse ao outro contraente, é questão que não interessa à Parte Geral do direito privado. Uma vez que a separação tem de ser no mundo fático. Seja como for, o contrato de venda e compra de árvores, seja para lenha, seja para indústrias de madeiras, ou qualquer outra utilidade econômica, ou é puro contrato consensual de venda e compra do bem a ser independentizado como coisa móvel, ou é acompanhado de transmissão de posse imediata, para o fim do corte, de modo que não há pensar-se em contrato que tenha de observar o art.

134, II, por versar sobre imóvel. Em conseqüência disso, a extração de madeira pode ser prometida sem a autorização judicial exigida à alienação de bens imóveis pedencentes a incapazes (1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 28 de dezembro de 1944, *RF* 104/262). Não se precisa recorrer a ficção, segundo a qual as árvores, destinadas a serem cortadas e serradas para fins industriais, se considerem bens móveis por antecipação. Tal ficção não tem base em direito; e desacedada andou a 1ª Turma, a 18 de janeiro de 1945 *(RT*

169/378), quando dela lançou mão: primeiro, porque o objeto da relação jurídica obrigacional não precisa já existir ao tempo de se assumir a obrigação; segundo, se o obrigado se recusa a cortar as árvores ou deixar que o credor as corte, nenhuma separação acontece, o que de si só bastaria para se ver quão atecnicamente se pensou em ficção. A árvore, como o fruto, como o barro, ou a pedra, ou qualquer outro produto ou parte integrante do solo, somente se torna *res* quando separada. Se o alienante da árvore dá poder para entrada no imóvel e para o corte da árvore, nem por isso torna móvel, desde logo, a árvore, de jeito que a mobilização por antecipação aberra dos princípios, afeando alguns acórdãos, nos quais ressalta a confusão entre obrigação de prestar a árvore, acordo sobre posse, permissão de corte e direito real sobre coisa futura. A eficácia real só se dá quando a árvore está cortada e na posse do adquirente. São exemplos de decisões que incidem em tal confusão o acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, a 5 de setembro de 1941 (RI 23/311), o da 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 19 de outubro de 1942 *(RT* 155/771), e o da 1) Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 27 de maio de 1947 *(J* 29/394). O

contrato não precisa ser por escritura pública, nem, de regra, o poder para contratar sobre árvores precisa de assentimento do outro cônjuge, ou de autorização judicial; porém tal proposição não é *a priori,* como pode parecer da leitura dos acórdãos da 1ªCâmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de abril de 1944, *(RT* 155/668), e da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, a 19 de abril de 1949 *(PCJ* 50/25). Pode acontecer que se trate de parque de embelezamento, ou de terreno de casa de morada, ou de imóvel excepcionalmente valorizado pela existência de árvores velhas, de modo que se não possa proceder à desdestinação, sem se atingir o próprio imóvel. Então, o ato não entra na classe dos atos de administração dos imóveis, e de modo nenhum se poderia dispensar o assentimento do outro cônjuge, ou de autorização judicial. Cumpre observar-se que o contrato, que não conste do registro de imóveis, pode ser oposto ao adquirente da propriedade, se a separação da árvore ainda não ocorreu. A 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 10 de outubro de 1940 *(RT* 131/632), disse que a venda de árvores não pode ser registrada, mas esqueceu-lhe o art. 285 do Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, a que correspondem hoje os arts. 167,11, 4), e 246, *pr.,* Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, onde se diz que se hão de averbar, à margem das respectivas matriculas, a edificação, a reconstrução, o desmembramento, a demolição, ou quaisquer outras circunstâncias que, por qualquer modo; afetem o registro ou as pessoas nele interessadas.

Quem deseja que o seu contrato sobre árvores, a serem separadas, tenha eficácia perante o adquirente da propriedade imóvel, tem de obter essa averbação.

O

art. 43, II, fala de “tudo que o *homem* incorpora permanentemente ao solo”; isso não quer dizer que só seja parte integrante do imóvel o que o homem incorpora ao imóvel. O art. 43, I, já se referira às acessões e às árvores: a semente, que o vento, o pássaro, ou outro animal, ou homem jogou à terra, e lá está, é parte do imóvel (cf. arts. 545-549). Não importa se germinou, ou não, a semente, ou se logrou raízes a plantação (3.

Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1, 386): se morreu a planta, é parte integrante do solo a madeira, com as folhas. Plantas que somente se incorporaram ao solo para fins transitórios não são partes integrantes; *e.g.,* palmeiras para cercar as partes dos fundos durante festa, plantas da estufa para adorno substituível da casa, plantas raras que precisam

de canteiro estrumado (O. Warneyer,Kom *mentor,* 1, 129). As pedras, a turfa, o barro e a areia são partes integrantes (essenciais) do imóvel. Se o dono as separa, ou dá a posse, com a permissão de as separar, a separação torna-as coisas à parte. A permissão de separar sem a posse, ou sem a execução da separação, não as independentíza. Se houve permissão e posse, mas o dono, depois, se opôs à separação, há infração do negócio jurídico em que se permitiu a separação e turbação ou esbulho da posse; não há direito real à separação. As fontes são partes integrantes essenciais.

Sobre a questão de ser parte integrante ou não a máquina que se acha na fábrica, — o principio de que somente há partes integrantes de coisas exclui que se possa pensar em parte integrante de direito: a máquina ou é parte integrante do prédio da fábrica (A.Wiedner, Gutachten, 97 s.; E. Heilborn, *Die rechtsqestaltende Nraft der Sachverbindung,* 49 s. e 88 **5.;** P. Sokolovski, *Die Philosophie* im *Privatrecht,* 1, 386), ou é perten-

ça da fábrica, ou é coisa, sem ser, sequer, pertença. A máquina, para ser uma das coisas da fábrica, tem de ser parte integrante ou pertença do terreno, ou de parte integrante dele (edifício), ou ser parte integrante ou pertença de outras máquinas. A máquina é parte integrante essencial se, retirando-se, se sacrifica a outra parte integrante, ou ela se sacrifica, como se o edifício foi construído para a máquina, ou para a maquinada, ou se a máquina ou a maquinaria foi construída para o edifício, ou circunstâncias do terreno. Não basta para que a máquina seja parte integrante que sirva ao fim industrial da fábrica, ou empresa. Os veículos, automóveis, carros, bicicletas e caminhões não são partes integrantes; nem a máquina de lavar posta em residência, nem os candelabros que não sejam peças fixadas permanentemente.

O

que se uniu ao imóvel é parte integrante; ou apenas pertença do imóvel, ainda que se trate da casa, se o fim foi *temporário.* A permanência do fim a que se refere o art. 43, li *(verbis* "incorporar, permanentemente ao solo"), é que faz a acessão. Aqui, houve a contradição entre o direito romano e o germânico (ci H. G.

Schmiel, *Die Arten und* die *rechtliche Stellung der Sachen des* 5 *95,* 2; K. Herold, Die *Sachen des* §95 *BGB.,* 3 **5.;** E Schãtzke, *Sind Fabrikenmaschinen Zuhehôr der Fabrikgrundstticke?,* 16). O art. 43, II,

refere-se à semente, às construções e aos edifícios, exemplificativamente, no que revela mais acerto que o § 95 do Código Civil alemão, onde a expressão "coisas" deixou dúvidas. Canalizações, lanternas, telefones e te-légrafos, cocheiras, garagens, estátuas, tudo isso passa a pertencer ao imóvel, se definitivamente (=

permanentemente) unida a ele (E Paech, *Bestandtee und Zubehõr,* 22; C. Crome, *Spstem,* 1, 280). Não, se só temporariamente, ainda que alguém as una em virtude de direito pessoal, como o locatário (sem razão, 1(.

Santz, *Bestc'ndtee einer Sache und Zubehôr,* 31, e K. Hirschland, *Bestandte einer Sache,* 28, que então só vêem o fim permanente). O que mais importa é a concepção do tráfico, com a qual não se deve pôr em contradição a temporariedade (H. Tobias, Eingentumserwerb durch Verbindung, *Archiv Júr die civilistische Praxis,* 94, 408); sem se falar do direito administrativo, que pode conceber o fim como permanente (K.

Herold, Die *Sachen des* § 95 *BGB.,* 32). Se não há incorporação, não se precisa discutir permanência, ou não, do fim (cf. Braendle, *Die scheinbaren Grundstúcksbestandtee,* 8 s.).

6. Coisas *em par.* As coisas em par são partes integrantes essenciais (par de sapatos, par de jarros, par de espadas, livro em dois volumes) e outras coisas-conjunto (Mengesachen), como o baralho, o jogo de xadrez; salvo se a falta de muitas peças quebrou a unidade. Sempre que se necessita de uma coisa para se completar outra, aquela é parte integrante (E. Heilborn, *Die rechtsgestaltende Krajt der Sachverbindung,* 49 s., 121 **S.);** mas a peça que serve a *outro* uso da coisa não é parte integrante (G. Planck, Kommentar, 1, 1ª ed., 184). O

vaso e as flores não são partes integrantes, nem os cigarros e a cigarreira, nem o tanque de petróleo e o terreno, nem o título ao portador e os "seus" cupões de juros, nem o caderno (talão) de cupões de juros e cada cupão, ainda que não se conservem pegados (R. Sohm, *Des Gegenstand,* 17, nota 6; sem razão, J.

Bínder, Vermógensrecht und Gegenstand, *Archiu fúr Búrgerliches Recht,* 34, 225; E. Heilborn, Die *rechtsgestaltende Kraft der Sachuerbindung,* 94).

7. *Partes integrantes e* coisas *simples.* Se bem que o conceito de partes integrantes tenha maior relevância quando se está diante de coisas

compostas (art. 54, *pr, verbis* "simples ou compostas"), tem ele o mesmo cabimento se se trata de partes integrantes de coisas simples. A determinação do conceito é dado pela concepção do tráfico, mas pode resultar de concepção de certo círculo de interessados. Quando a doutrina alude a não poderem ser separadas sem dano para as outras, ou para elas, ou poderem ser separadas, sem dano, para aquelas ou para essas, é porque está atenta ao conceito da coisa e a sua modificabilidade, ou imodificabilidade, pela separação.

8. *Parte integrante essencial e natureza da* coisa. O dizer-se essencial a parte integrante de modo nenhum significa que a falta da parte integrante essencial atinja a natureza, a essência da coisa, o que seria extemporânea influência platônica. Apenas exprime que a parte integrante não pode ser separada sem sacrifício da outra, ou das outras, ou dela mesma (sobre isso, O. Lenel, Das Wesen des Wesens, *Deutsche Juristen-Zeitung,* 12, 509-512. O. Wendt, Wie etwas heisst und was es istl, *Archiv for die civilistische Praxis* 103, 431 s.), ou lhe altera a natureza, que o tráfico lhe atribui. O sacrifício da parte iniegrante que se destaca pode consistir na diminuição do valor que ela tinha quando parte (O. von Gierke, Deu *tsches Priuatrecht,* II, 42; sem razão, O. Lenel, Bestandteíl oder Zubehór?, *Das Recht,* 11, 45 s.) e não só na diminuição do seu valor antes da conexão (opinião que fora, a princípio, a de P. Oertmann, Eígentumsvorbehalt an Machinen, *Das Recht,* 10, 1.120). As telhas são parte integrante essencial do prédio, e nada têm, de ordinário, com a natureza dele. No fundo, o que faz a essencialidade da parte integrante é a consequencia, que teria, a sua separação; mas, em verdade, não se poderiam definir por isso e dizerem-se partes integrantes as não-suscetíveis de direitos separados (sem razão, a respeito, L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 299).

À eventual destruição, para que baste a tornar essencial a parte integrante, é preciso que, com a separação, atinja a uma das partes integrantes. Por outro lado, a alteração essencial é aquela que atinge a parte integrante, que se separa, ou àquela de que ela se separa. Uma há de ficar sacrificada, para que se tenha por essencial a parte integrante. A máquina de linotipia, ou de monotipia, não é parte essencial do edifício; pode ser substituida, à vontade. Pode-se dizer que os edifícios também são substituiveis; mas, a respeito deles, das plantas e das próprias sementes não germinadas, ou dos galhos não enraizados, há regras jurídicas especiais (art. 43,1-II). O legislador atendeu, no redigi-las, a considerações de gastos em que importariam as substituições. As coisas empregadas na construção do edifício são partes integrantes desse, essenciais, e, pois, do prédio. Aliás, o art. 43,

III, alcança aquelas espécies em que não se precisa da fixação pela conexão corporal, ou, sequen embute, ou a inserção; razão por que a estátua aparafusada pode ser parte integrante essencial, assim em direito brasileiro (art. 43, III) como em direito alemão (sem razão, ai, L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-31ª ed., 301). Ao revés, as persianas, que, de ordinário, são partes integrantes essenciais, excepcionalmente não no são *(e.g.,* raridade oriental que o proprietário aparafusou para o tempo em que ali estivesse o seu mobiliário oriental). Deve-se evitar chamar a essas falsas partes integrantes partes integrantes aparentes, como faz, e.g., Hans CarI Nipperdey (em L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 39 ed., § 118, nº 3). A árvore, que *o* chacareiro plantou, para aguardar os fregueses, não é parte integrante do terreno, não a adquire o proprietário (arts. 43, III, e 545). O roseiral, que o locatário ou o proprietário mesmo plantou, não é acessão do solo, não se faz, portanto, parte integrante do terreno: os arts. 546-549 não incidem; e sim o arg. a contrário ao art. 43, III. Se a coisa foi intencionalmente pregada ao solo, mas adquirida com reserva de domínio, no dia da aquisição do domínio satisfaz-se o segundo requisito do art. 43, III. Se não cabia, legalmente, a reserva de domínio, o dono da coisa a perde com a fixação.

Se o possuidor não é o proprietário do prédio (usufrutuário, usuário, titular do direito de habitação, ou da servidão), as construções e as obras, que fizer, não se fazem, *sempre,* parte íntegrante do prédio, nem há, portanto, *sempre,* a pretensão àindenização. As falsas partes integrantes não se podem tratar como imóveis, invocando-se o art. 43 (sem razão, Herbert Mayer, Die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandtee eines Grundstúcks, *Festgabe for* Felix Dahn, 269 **5.);** ou o são, por si mesmas, ou são bens móveis, podendo ser, sempre, objeto de direito em separado, de penhora e de medidas de segurança *(e.g.,* arresto, sequestro).

A parte integrante essencial não pode ser objeto de direito real em separado. Se a pretensão de direito das obrigações pode se referir a ela, é porque só mediatamente a tem em mira. Os direitos reais que apanham o bem, de que algo é parte integrante essencial, também a apanha, como parte do todo. Se a essencialização foi sem permissão do dono do que se fez parte integrante essencial, há, para o dono, a pretensão por enriquecimento injustificado (arts. 964-971, 546-549), ou a pretensão de indenização por ato ilícito (arts. 159 e 160), ou o *ius tollendi,* se há regra jurídica a respeito *(e.g.,* arts. 516 e 517), ou a pretensão derivada do mandato (art. 1.288 s.), ou da gestão de negócios (arts. 1.331-1.345). Se negócio jurídico júri-real tem por

objeto a parte integrante essencial, inclusive quanto à reserva de domínio, é *nulo* (L. Enneccerus, 1, 304, di-lo ineficaz). Os negócios jurídicos obrigacionais são permitidos. E válida a venda e compra de frutos pendentes, o arrendamento do andar, de uma, duas ou mais peças da casa, ou o arrendamento do jardim sem a casa, ou da casa sem o jardim, a compra da casa para ser demolida. O direito real é que se não pode estabelecer.

9. *Plantações e sementeiras.* Cumpre não se perder de vista que: *a)* o Código Civil, a respeito de plantações e sementeiras, abstrai do enraizamento e da germinação para que as árvores, plantas e sementes passem a ser partes integrantes essenciais; *b)* não há revívescência da propriedade dos materiais, que uma vez se fizeram parte integrante essencial, — a propriedade, se era de outrem, perde-se definitivamente; c) o Código Civil admite posse da parte integrante essencial, em separado *(e.g.,* posse do corredor, posse do muro alugado para cartazes, posse da cacimba, ou do encanamento). As partes integrantes essenciais podem ser objeto de promessas; portanto, de negócios jurídicos obrigacionais, unilaterais ou bílaterais (E Bunsen, Zur Lehre von den nicht getrennten Erzeugnissen, *Archiv fúr Búrgerliches Recht,* 29, 11 s.). O exempío mais típico é a venda da cana-de-açúcar a cortar-se, ou da colheita de café, ou a venda da madeira a ser derrubada. Se o obrigado não cumpre a promessa, que é de cortar ou de deixar cortar, cabe o preceito cominatório dos arts.

287 e 461, § 3ª, ou a ação de condenação, com a execução segundo os arts. 632-643 e 644-645 do Código de Processo Civil. O comprador de colheitas a serem feitas, ou outros frutos pendentes, não tem embargos de terceiro contra os que os arrestem, sequestrem ou penhorem (O. Planck, *Nommentar,* 1, 2ª ed., 188). Uma das Conseqüências da conexão corporal, com os demais pressupostos para a integração da coisa como parte integrante de outra (= para que uma coisa se torne parte integrante de outra), é a de perder a propriedade da coisa essencialmente "parcializada" aquele que dela é dono. Por isso mesmo, em principio, a reserva de domínio da parte integrante essencial é impossível. Se houve negócio juridico a esse propósito, o alienante-reservante não tem ação para haver a coisa parcializada, e sim apenas a ação pessoal para que se retire e se lhe entregue tal parte (sem razão, P. KrUckmann, *Wesentlicher Bestandte und Eingentumsvorbehalt,* 34).

10. *Partes integrantes não-essenciais.* As partes integrantes não-essenciais comparticipam do destino jurídico comum da coisa; não estão, *in* concreto, irremissivelmente ligadas a esse destino (seriam partes integrantes essenciais), nem uma ajudaria ao destino da outra (seria pertença). Quinze metros por trinta do terreno de quarenta e cinco por trinta são parte integrante não-essencial. O corte de pano para terno de roupa é parte integrante não-essencial da peça, ou do fardo. O caixilho ou moldura é parte integrante não-essencial da tela (quadro, diz-se). A pedra é parte integrante não-essencial do anel. A planta e o vaso, a roda e o automóvel, a roda e o carro (P. Oertmann, *Allgemeiner Te,* 258; CarI Crome, *System,* 1, 278, nota 9; G. Planck, Kommentar, 1, 4ª ed., 187; contra, J. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 468, e E. Strohal, Der Sachbesitz nach dem 8GB., *(Jherings (Jahrbúcher,* 38), devendo-se atender, porém, a que se pode dar essencialização pela insubstituibilidade, são partes integrantes não-essenciais; bem assim estacas, sebes, latadas e pérgulas de algum imóvel.

Há certa tendência, no se considerarem as partes integrantes, para se saber se são essenciais, ou não, a abstrair-se das circunstâncias, e a terem-se como de uma classe sempre. Essa atitude é errada e levou alguns a se insurgirem contra o conceito de partes integrantes não-essenciais. A integração da coisa como parte não-essencial de outra tem a consequência de se lhe perder a propriedade. A alienação e a oneração apanham a parte integrante não-essencial, e não só a parte integrante essencial (cf. art. 811). Apenas, pois que é possível tornar-se objeto de direito, em separado, a parte integrante não-essencial, essa inserção no destino da outra coisa pode ser pré-elidida, ou elidida; e, assim sendo, a alienação, ou oneração, pelo que não tem poder de alienar, ou de onerar, é *nula,* e a promessa de alienar ou de onerar *ineficaz.* Aqui, é de toda conveniência admitir-se que a obrigação de alienar ou onerar a coisa, ainda que a parte integrante não-essencial seja de outrem que não o alienante, importa em obrigação de alienar ou onerar a coisa com essa parte. Há, aí, promessa de alienação ou oneração de coisa alheia (O. Planck, *Konimentar,* 1, 8ªed., 190); e a abrangência das partes integrantes não-essenciais é resultado do princípio *(dispositivo)* da inclusão da parte no todo, que se extrai do art. 43 e, por argumento *a fortiori,* do art. 59. A respeito das partes integrantes essenciais, o princípio é cogen *te.* Se alguma coisa se conexa a outra, fazendo-se parte integrante, sem se tornar parte integrante essencial, os direitos que antes existiam sobre ela persistem e há pretensão e ação para a separação (cf. arts. 611-617). Os direitos sobre a coisa que se parcializou não-essencialmente podem ser transferidos e transmitem-se *mortis causa,*

segundo os princípios concernentes à transferência e à transmissão *mortis causa* dos bens móveis, exceto se se trata de terreno.

Discutiu-se se sobre as partes integrantes não-essenciais se podem constituir direitos, entre a parcialização e a separação. A resposta é pela afirmativa (Th. Kipp, em B. Windscheíd, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 697; sem razão, J. Biermann, *Borgerliches Recht,* 389, nota 28). Por isso mesmo, podem ser arrestadas, seqUestradas e penhoradas, com ou sem a coisa toda (G. Planck, *Komrnentar,* 1, Q ed., 190, que repeliu, com razão, a opinião de P. Oertmann, para quem só se poderia arrestar, sequestrar ou penhorar a coisa toda, ou a pretensão do dono à restituição da parte integrante não-essencial).

As partes integrantes não-essenciais podem ser objeto de direito separadamente. Existe a regra jurídica de que os negócios jurídicos sobre a coisa abrangem as partes integrantes não-essenciais. Não se precisa, para a justificar, de se pensar em presumida vontade dos figurantes; a situação de parte integrante, ainda não-essencial, basta para que se tenha de conceber o princípio. Para que a regra jurídica *(princípio da com-sorte das partes integrantes,* que abrange as essenciais e as não-essenciais, mas faz-se dispositivo a respeito dessas) não incida, é preciso que se haja estabelecido o contrário, seja obrigacional seja júri-real o negócio jurídico; *e.g.,* posso hipotecar dez por cinquenta metros, à direita ou à esquerda, ou no meio, do terreno A, de trinta por cinqUenta metros, que adquiri e consta do registro (desintegrei o terreno A), ou vender a moldura sem o quadro (que alugo, ou empresto), ou vice-versa.

11. *Direitos reais.* Alguns direitos reais são partes integrantes da coisa. Não se podem separar, sem as Conseqüências típicas; sendo essenciais, não é possível a alienação deles, ou a sua oneração, sem a coisa: seria *nulo* (art. 145, II, *verbo* "impossível") o acordo de transmissão. Para que o direito real seja considerado parte integrante essencial basta que, sem ele, se sacrifique, em parte, a coisa, ou ele mesmo; não é preciso que a parte se extinga (sem razão, Paul Kruckmann, Zum Streit um den Eígentumsvorbehalt an Maschinen, *Juristiche Wochenschrift,* 57, 677). Tais são as servidões, a habitação ou a renda constituída a favor de quem seja o proprietário de um imóvel (arts. 749-754). Se o direito é parte integrante essencial, ou se não é, resolve-se pelo exame *in* casu.

§ 128. Partes integrantes essenciais do imóvel

1. *O art. 43, 1 e 11.* O art. 43,1 e 11, apanha tudo que, por força da natureza, se parcializa (= se faz parte integrante essencial da coisa imóvel), ou que se parcializa por ato humano. Quanto àquelãs partes, diz o art.

43: "São bens imóveis" (entenda-se são partes integrantes essenciais do imóvel):

"1. O solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo". Quanto a essas, acrescenta: "II. Tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano". Noutros termos; são partes integrantes essenciais do imóvel as coisas ligadas ao terreno, por força natural, ou por ato humano, com fim permanente (= fim não-temporário).

2. *Parcializaçâo, segundo* o *art. 43, 1.* Para que as coisas se parcializem segundo o art. 43, 1, não se precisa de invocar a concepção do tráfico, nem provar que houve intenção de parcializálas. Em todo o caso, cabe ao outro interessado alegar e provar que a coisa é extracomércio.

Exclui-se da regra jurídica da parcialização essencial o terreno que se adiciona. Dois terrenos, juntos, não se fazem partes integrantes essenciais um do outro. São partes integrantes não-essenciais; salvo se há regra jurídica especial que essencialize algumas frações, pela exigência do tamanho mínimo. Por exemplo: só se admitem em certa circunscrição, ou cidade, terrenos de dez por trinta metros e o proprietário do terreno de oito por trinta adquiriu terreno de dez por trinta, limítrofe; em consequência somente pode alienar, depois, os dezoito metros por trinta, e não mais os dez; deu-se a parcialização essencial.

O fato de ter registrado como parte integrante de outro terreno o terreno que se adquiriu não o torna parte integrante essencial. Assim, se o proprietário do terreno de oito por trinta adquiriu doze metros por trinta, para satisfazer a *lex specialis,* ainda declarando a sua

vontade de torná-los um só, com isso não lhe ficaria vedado alienar, depois, dez metros por trinta.

Se a acessão se deu, ou, em geral, a união, a que se alude no art. 43, I, é *questão de fato,* que se resolve segundo a concepção da vida, rente aos fatos. O Código Civil evitou falar, a respeito das coisas parcializadas do art. 53, 1, em dificuldade ou impossibilidade de separação *(aliter,* art. 43,II). Daí havermos de tirar que não é pressuposto necessário, tratando-se de coisas parcializáveis segundo o art. 43, I, que a separação (ou retirada) só se possa dar com "destruição, modificação, fratura, ou dano Ás vezes, em caso de avulsão, a retirada é impossível, ou não é conveniente (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, arts. 19 e 20), e então há direito formativo gerador à aquisição da propriedade (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, art. 20, *uerbo* "optar").

3. *Parcialização segundo o art. 43, II.* Quanto às coisas a que se refere o art. 43, II, sementes, plantações, construções, o dono do terreno parcializa-as essencialmente, ainda que pertençam a outrem as sementes, plantas, ou materiais; e a parcialização essencial ocorre ainda que tenha sido outrem quem semeou, plantou, ou construiu, ou que o proprietário prefira que aquele que, de má-fé, semeou, plantou, ou construiu, reponha as coisas no estado anterior (art. 547, 2ª parte). As partes integrantes essenciais do edifício são também partes integrantes essenciais do terreno. Tem-se, porém, de atender a que, se, nos arts. 546-549, não se alude à inseparabilidade sem dano (salvo para a reposição no estado anterior, conforme o art. 547, 2ª parte), se refere o art. 43, II, à irretirabilidade sem destruição, modificação, fratura, ou dano. *A aquisição só se dá se a parcialização se deu.* Os arts. 546-549 dependem do art. 43, 11. O problema da retirada pelo ex-dono da coisa não se põe: o que se põe é o da reposição no estado anterior, a favor do proprietário do terreno (art.

547, 2ª parte). Se a mesma coisa se ligou a dois ou mais terrenos (ou edifícios), fez-se parte integrante essencial de cada um, por partes reais; e aqui não importa saber-se se rege o art. 43, 1, ou o art. 43, II. Por outro lado, se se divide o terreno em dois ou mais, cada parte real desparcializada (= tornada coisa à parte) tem consigo as suas partes integrantes essenciais (acessões, sementes, plantas, construções). Se o edifício, por exemplo, foi construído por terceiro, ou pelo dono de um dos terrenos em dois terrenos, de diferentes donos, é parte integrante de cada um deles pelos limites: cada proprietário é dono exclusivo da

parte real, que lhe corresponde. O que se torna parte integrante do edifício, sem divisão possível, é que fica em compropriedade dos dois donos do terreno. Se foram os dois que construíram, ou se deu a formação da compropriedade dos terrenos, ou não se deu. Se não se deu a compropriedade, somente se pode pensar em comunhão de direito das obrigações, de família ou das sucessões.

No que concerne às construções, são partes integrantes essenciais os materiais dc construção (pedra, areia, cimento, cal, tijolo, telha, vigas, ferros, água, tintas, privadas, pias, banheiras e semelhantes), inclusive o que a torna própria ao uso (fios de eletricidade, canos de águas pluviais). O art. 43,11!, explicitou que são partes integrantes do imóvel o que o proprietário mantém "intencionalmente" empregado em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade; porém não excluiu a hipótese de serem elas partes integrantes não-essenciais. *De regra,* são essenciais, porque as essencíalíza o *fim* econômico do prédio como todo, ou outro *fim.* Não importa inquirir-se se o edifício foi feito para o fim de que se trata, ou se se mudou de fim.

Importa o fim *ao tempo da parcializa ção essencial.* O fim tem de ser apreciado *in concreto;* nem sempre é o fim geral, típico, dos edifícios (P. Oertmann, que, em 1906, Eigentumsvorbehalt an Machinen, Das *Recht,* 10, 1.119 s., sustentara o contrário, corrigiu-se). *A fortiori,* é de repelir-se a afirmação de não se ter de levar em conta a destinação do imóvel, como pretendiam O. Lenel (Bestandte oder Zubehór?, Deutsche *Juristen-Zeitung,* 11, 50 s.) e outros.

4. *Natureza das regras jurídicas do art. 43, 1 e 11.* As regras jurídicas do art. 43, 1 e li, são de direito cogente (R Oertmann, *Alígemeiner Te,* 268; G. Planck, *Kommentar,* 1, 4ª ed., 189; sem razão, quanto ao art.

43,! ou § 94 do Código Civil alemão, E Affolter, Der kôrperliche Gegenstand und die Bestandtee einer Sache im BGB., *Deutsche cJuristen-Zeitung,* 12, 934).

5. *Art. 43, III* No art. 43, III, tem-se por partes integrantes essenciais do imóvel "tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade". Aqui, também se trata da perfeição do edifício como *tal,* do seu acabamento; e não do uso pessoal, ou do que é necessário à exploração do possuidor temporário. Se se

aproveita a loja do edifício para perfumaria de luxo, fazendo-se paredes para serem envidraçadas como mostruários, o proprietário não adquire essas paredes, porque só se fizeram para serem utilizadas nesse comércio. Se não é mais possível retirá-las "sem destruição, modificação, fratura, ou dano", já não é da espécie do art. 43, III, que se há de cogitar, e sim da espécie do art. 43, II: houve a incorporação permanente. O art. 43, III, supõe destinação, especial, ou não, em que a conexão corporal se emprega. O plano mesmo do imóvel pode exigir peças de aformoseamento (frescos; estátuas, para que se fizeram nichos; tapeçarias de parede que se referem ao nome do prédio; cf. P. Sokolowskí, *Die Philosophie irn Privatrecht,* 1, 377 **5.;** E. Heilborn, *Die rechtgestaltende Kraft des Sachverbindung,* 102), ou de conforto, ou de eficiência industrial (poços, níveis diferentes, ca-nalização para remessa de papéis e aparelhos de pressão de ar).

Nos edifícios de apartamentos, o que constitui o *diviso* é o apartamento. Apartamento não é só a parte divisa da construção; é a parte da construção mais o que se haja destinado ao uso exclusivo do apartamento. Assim, se há terreno dos fundos e não se estabeleceu que era de uso comum, mas, ao invés disso, se atribuiu a um dos apartamentos, nele entrar-se sem permissão do dono é como entrar-se na casa sem que o dono dela permitisse. Ai, o dono do apartamento pode construir o que entenda, se não altera a estrutura exterior do edifício, nem invade o espaço aéreo que corresponde, sagital ou horizontalmente, aos outros apartamentos. O

uso do terreno, que foi deixado a algum dos apartamentos, somente sofre a delimitação tridimensional que o ajusta ao apartamento. Não pode ir mais à esquerda, se a outra parte do terreno é de uso comum, ou de uso exclusivo de outro apartamento, integrando-o; nem mais para a direita, se há outra parte do terreno que seja de uso comum, ou de uso exclusivo de outrem; nem em profundidade, se há, por baixo da superfície do terreno, adega subterrânea comum, ou exclusiva de outro apartamento, garagem, ou outra instalação; nem para cima, no espaço aéreo, se iria além da camada de ar correspondente a outro apartamento. O que é diviso tem-se como submetido às regras das casas; o que é indiviso, às regras do condomínio, ou da meação de peças. (Cf. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, art. 29.

No terreno de uso exclusivo, pode o dono do apartamento *construir,* exceto: *a)* se muda a forma externa da fachada (Lei nº 4.591, art. 10, 1), se não obtém o assentimento da unanimidade dos condôminos (Lei nº

4.591, art. 10, § 29; se embaraça o uso das partes comuns (art. 10,1V); se importa em coloração diferente do conjunto do edifício (art. 10, ii); se é para destinar a unidade a utilização diversa da finalidade do prédio, ou usá-la de modo nocivo ou perigoso ao sossego, à salubridade e à segurança dos demais condôminos (art. 10, 111).

Se o uso do terreno é exclusivo, o uso diviso — não o terreno divíso — é parte integrante do apartamento.

Nada obsta a que até à altura do que é o pé direito do apartamento, ao fundo, no meio, ou junto à terminação da construção, o dono do apartamento construa pavilhão, ou estufa para plantas, aquário, privada, banheiro de empregados, ou para banhos de mar etc; ou a que ladrílhe todo o terreno, ou parte, para festas, ou ponha bancos e cadeiras, fixos ou não; ou a que erga, ao centro, chafariz ou pérgula; ou a que cubra, em alpendre, ou puxado, a porta da saida, desde que não se ofenda o art. 10, da Lei nº 4.591.

O uso diviso pode ser uso-parte integrante, ou uso-servidão, ou uso-posse imediata. Se o titulo da propriedade do apartamento diz: "o apartamento térreo tem o uso do terreno do fundo", ou "os apartamentos térreos têm o uso do terreno do fundo, que lhes corresponde", é o mesmo como se dissesse: "o apartamento térreo compreende (ou inclui) o uso do terreno do fundo", ou os apartamentos compreendem o terreno dos fundos que lhes corresponde". Se, em vez disso, no título se discrimina: "Apartamento térreo, com tantas salas, tantos quartos, banheiro, cozinha, terraço de serviço serventia da área dos fundos", há-se de entender, a despeito da expressão "serventia", que o uso da área dos fundos é parte integrante divisa do apartamento.

Não quer isso dizer que se não conceba a servidão do apartamento sobre parte divisa ou indivisa do prédio.

Trata-se de servidão se, posteriormente, a constituem os comuneiros, ou algum deles; ou se, no próprio título, se esclarece que se dá servidão, em lugar de se falar de "serventia", como dação de uso exclusivo, parte integrante do apartamento.

A parte integrante divísa é alienável com o apartamento, porque é um dos elementos que o compõem. No momento em que se inseriu no título a declaração de vontade de que o uso dos terrenos dos fundos,

ou de parte do terreno dos fundos, seria parte integrante divisa do apartamento a que é contíguo, é o todo, e não só a parte construída, que se há de considerar apartamento. Passemos ao exemplo. A escritura diz: “sendo o apartamento localizado na parte dos fundos do edifício, dividido em entrada, sala, dois quartos, passagem, banheiro, cozinha, quarto e utc. para empregado e terraço de serviço, com tanque, serventia da área nos fundos”. Ter-se-ia de perguntar se tal serventia é uso-parte integrante divisa, ou uso-servidão. Deve-se entender, quando em título de propriedade, ainda na dúvida, que se trata de uso-parte integrante divisa. Aí, não haveria razão para dúvida, porque a referência a serventia está de envolta com a referência às outras partes integrantes. Se servidão fosse, seria servidão assaz ampla, que levaria quase aos mesmos resultados práticos.

A exclusividade do uso, quer se trate de uso-parte integrante divisa, quer de uso-servidão, permite que o titular do direito o exerça, tal como o exerceria o proprietário da casa, a que pertencesse o terreno, ou a que tocasse o direito de servidão sobre outra casa. Aqueles que formulam certas proposições sobre alpendres, varandas, lajes, puxados, ou outras obras, sem distinguirem estar em causa parte indivisa, ou parte divisa do edifício de apartamentos, expõem os comuneiros a confusões lamentáveis. Certamente, o proprietário do

apartamento térreo não poderia, sem a unanimidade dos comuneiros, construir banco de pedra, ou de ferro, ou de outra substância, no terreno, cujo uso fosse parte indivisa integrante do edifício. Tudo muda de figura quando se trata de uso de terreno que ficou ao apartamento, no ato de constituição, como parte divisa, integrante dele. Então, o apartamento compõe-se de salas, quartos e demais dependências, inclusive o uso do terreno. Sendo murado, ou por qualquer modo interdito aos outros condôminos, só se pode pensar em uso-parte integrante divisa. O dono do apartamento é dono desse uso diviso, tal como é de qualquer parede interna, estranha à estrutura necessária do edifício. Quanto à propriedade do terreno, todos os comuneiros têm a sua parte ideal no terreno, posto que não na tenham no uso. Desde que o dono do apartamento exerça esse uso, sem transformar o destino do terreno e sem ofender direitos dos outros comuneiros, nenhum ato se lhe pode impedir.

§ 129. Falsas partes integrantes

1. *Arg. ao art. 43, 1 e 11,* A s falsas partes integrantes são as árvores, as plantas e os frutos pendentes, que não se tornaram partes integrantes do imóvel (êrg. ao art. 43,1), ou do imóvel, as sementes, que o locatário rural semeia para colheita dentro do tempo da locação (arg. ao art. 43, II), os quiosques, carros-casas, palanques de armar e demais construções, que se podem retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano (arg ao art. 43, II) e tudo o que o proprietário manteve no imóvel sem ser para a exploração, aformoseamento, ou comodidade do *imóvel.* Em geral, à qualidade de parte integrante — e não só de parte integrante essencial — repugna a transitoriedade do fim. Se‟ o fim é, por sua natureza, transitório, ou se o fim é totalmente estranho à destinação do imóvel, a transitoriedade ou estraneidade exclui a parcialízação. O

que arrendou terreno para cultivar flores, ou fazer viveiros de plantas, estabeleceu fim transitório, que é pré-

excludente da incidência do art. 43, III, como dos incisos 1 e II. Em primeiro plano, vem a intenção do que é autor da união, se se trata de coisas “empregadas” (art. 43, III). Se, em vez disso, é de incorporação que se trata, o fim mesmo é que decide, se está na concepção do tráfico (art. 43, 1 e II). O fin: transitório pode tornar-se definitivo, se os pressupostos sobrevêm; o fim definitivo, desaparecer e suceder-lhe outro, mas, nesse caso, a desparcialização só se dá se há razão para se ter por separada a parte integrante, antes, ou com o novo fim, ou após ele.

2. *União e parcialização verdadeiro ou falsa.* A união pelo possuidor não-dono nem sempre é causadora de falsa parcialização. O locador, o arrendatário, ou outro semelhante, pode parcializar, se insere a coisa de tal modo que um dos pressupostos do art. 43, 1 ou II, se componha ou se componham os do art. 43, 111. Toda plantação para se vender a própria planta, ou para se colherem os frutos, de uma vez só, durante a locação, ou outra relação semelhante, é estranha aos arts. „3, II e III.

3. *Princípio da oposição entre* o *exercício de direito e a pardolização.* A regra jurídica sobre o qus se une no exercício de algum direito, real ou pessoal, é a seguinte ?: A coisa que se une ao prédio no exercício de direito concernenL a imóvel (direito real ou pessoal) não passa a ser parte integrante do prédio. E o caso do titular do usufruto, do uso, do direito de habitação, da servidão. O locatário, o arrendatário, ou outro titular de direito pessoal, se o contrato lho permite, pode unir, sem

perder a propriedade (arg. aos arts. 545-549); se o contrato não permitir unir e retirar, o titular do direito pessoal perde a propriedade, salvo quanto às benfeitorias voluptuárias se as puder levantar sem detrimento da coisa (art. 516). Não se deve invocar a doutrina estrangeira, inclusive a alemã, porque, a despeito da opinião de E. Eck *(Vorträge,* 1, 102), O. von Gierke *(Deutsches Privatrecht,* II, 46), Fritz Schulz (System der Rcchte auf den Eingriffserwerb, *Archiu fiár die civilistische Praxis,* 105, 381) e outros, o § 95, alínea 2t só se refere a direitos reais (G. Planck, *Nommentar,* 1, Q ed., 198). O que decide, prat!camente, no tocante aos direitos pessoais, é o art. 43,11 (aliás, também assim, para o direito alemão, P. Oertmann, *Aliqerneiner Te,* 1, 272; H. Tobias, Eigentumserwerb durch Verbindung, Archiu *fàr die civilistische Praxis,* 94, 403 **5.;** Martin Wolff, *Der Bati auf Jreniden* Boden, 73). O exercício pode ser pelo próprio titular, ou pelo representante (Martin Wolff, *Der Bau au! Irem den Boden,* 74 s.), ainda quando seja esse o dono do prédio (Nissen, Eigentumsvorbehalt an Maschinen, *Juristische Wochenschrift,* 36, 194). O que exerce direito como se o tivesse, sem no ter, fica na posição do possuidor (arts. 516-519), e não do titular de direito. A *vontade* de exercer não é pressuposto necessário, basta o exercício objetivo (Martin Wolff, *Der Bau auf frernden Boden,* 74), para o direito de unir Tampouco é preciso que os materiais pertençam ao titular do direito (sem razão, Martin WolIf, 83 **5.;** e H. Tobias, 417

s.). Por outro lado, o que se une no exercício de direito não pode ser desproporcional em relação ao direito mesmo (G. Planck, *Kommentar,* 1, Q ed., 199).

§ 130. Direitos reais partes fintegrantes

1. *Parcialização de direitos reais.* Os direitos reais que concernem a certo imóvel (= quem é titular do direito de propriedade é titular deles) são partes integrantes do direito de propriedade do imóvel. Assim, as servidões são tidas como partes integrantes do prédio; também os direitos de vizinhança. Não o direito do proprietário constante do art. 607 (G. Planck, *Komrnentar,* 1a , 4ª ed., 200); nem o direito de hipoteca, se o credor é o proprietário (H. Hirsch, Die vorläufige Eígentúmerhypothek, *Archiu for BOrgerliches Recht,* 25, 251 s.).

2. *Conseqüências jurídicas.* As Conseqüências jurídicas de serem consideradas como partes integrantes do imóvel os direitos reais que pertencem a quem for proprietário dele são as que derivam de se compreenderem na alienação ou gravação do imóvel. Assim, quem aliena o imóvel aliena a servidão e os direitos de vizinhança; quem o dá em garantia dá-os também em garantia.

3. *Precisão de conceitos.* Os direitos reais que pertencem a quem for proprietário do imóvel são partes integrantes do direito de propriedade; não partes integrantes do imóvel (cf. P. Oertmann, *Der Allgemeine Te,* 274). Não se trata de partes integrantes essenciais, de modo que, de regra, a separação é possível; só é inseparável o direito, se de si mesmo o é (3. Biermann, *Búrgerliches Recht,* **‘,** 135).

§ 131. Desintegração e mobilização

1. *Transitoriedade da integração.* Algumas partes integrantes são transitórias, como os frutos pendentes.

Outras podem ser separadas pelo proprietário; e.g., pode ser dividido o terreno (desintegração da parte sem perda da imobilização), alienado o portão ou a porta da casa (desintegração da parte, com mobilização conseqUente, mas provável imobilização posterior). Há a imobilização natural que se caracteriza pela indeslocabilidade (terreno), posto que algumas partes integrantes sejam deslocáveis (areias, terras, sais, cal) e a imobilização pela incorporação, que é a resultante de fatos naturais ou do homem. Já se não exige a incorporação do vegetal pelo enraizamento (sem razão, Francesco de Martino, *DelIa Proprietã,* 13). O

enraizamento pode sobrevir ao ato de semeadura e pode, ele só, estabelecer a *coalitio,* como se é a raiz que penetra no terreno alheio e dá o broto, ou se a raiz proveio de viveiro-móvel, ou sementeira-móvel, e dá o broto. A opinião que considera parte integrante do imóvel as plantas de viveiro, ou de sementeira, ainda se já enraizadas no chão, para serem vendidas, como acontece com as chácaras de comércio de plantas, abstrai da concepção do tráfico e tem como critério único a incorporação ao solo (E Filomusi-Guelfi, *Diritti reali,* 28; N. Coviello, *Manuale,* 255; Carlo Fadda e P. Emilio Bensa, notas a E. Windscheid, V, 122). Ora, a incorporação artificial pode não ser

permanente e falta esse requisito; o art. 43, II, tem de ser entendido em confronto com o art. 545.

2. *Pressuposto da desimobilização.* O Código Civil, no art. 43, 111, considera parte integrante do imóvel tudo que o proprietário mantém intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade. (No art. 45 acrescenta:

"Os bens de que trata o art. 43, nº III, podem ser, em qualquer tempo, mobilizados". "Mobilizados" quer dizer "volverem a ser bens móveis", deixarem de ser partes integrantes do imóvel). O proprietário, ou quem o represente. Para que a integração se dê, sem ser posta pelo proprietário a coisa, é preciso que a espécie caiba no art. 43, 1 e II, ou nos arts. 545-549. Seja quem for o dono da coisa parcializada, a desparcialização segundo o art. 45 somente pode ser feita pelo proprietário do imóvel (arg. aos ads. 45,111 e 545-549). O que o não-proprietário empregou no edifício para terminá-lo (edifício *in abstracto)* ou para o terminar em suas especificidades (fim, qualidade, exigências sanitárias e policiais, de situação, lugar e destinação) entra no art.

43, II, ou nos arts. 546-549; tais como a sala de aço do edífíco para banco, o serviço telefônico interno do hotel. Nos casos do art. 43, III, há apenas integração como parte; nos ads. 546-549, há *perda* da propriedade pelo dono da coisa móvel, *simultânea* e *consequente* à integração dela como parte.

3. *O art. 46.* No art. 46, estatui o Código Civil: "Não perdem o caráter de imóveis os materiais provísoriamente separados de um prédio, para nele mesmo se reempregarem". Assim, as venezianas, as portas, as peças de calefação ou de refrigeração, que se retirarem para serem pintadas, ou consertadas, não se desimobilizaram (a "idéia" não passa à frente da realidade, à maneira platônica; a realidade da vida é que enche o conceito).

4. *Direito à* sucessão *aberta.* O direito à sucessão aberta pode ser direito a bens móveis ou a bens imóveis; não importa o que seja, — a lei tem-no por bem imóvel. Uma das Conseqüências é só se poder transferir, se de valor acima do previsto no art. 134, II e § 6ª, por escritura pública, ou termo nos autos, ou termo de arrematação, ou de

adjudicação, que são instrumento público.

O direito à sucessão aberta considera-se bem imóvel. As regras jurídicas sobre forma da transferência incidem; bem assim, as regras jurídicas sobre necessidade de assentimento, *e.g.,* os arts. 386, 427, VI, 429 e 453 (4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 15 de fevereiro de 1945, *RT* 151/141). Absurda a decisão da 2ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 22 de abril de 1927 *(RD* 84/541), que considerou imóvel a massa hereditária, e não o direito dos herdeiros. A leitura da lei é gritante: *"o* direito à sucessão aberta". Discute-se quanto à registrabilidade desse direito no registro de imóveis. Responderam afirmativamente a 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 16 de maio de 1949 *(RF* 131/184); antes, a 4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 15 de maio de 1941 e 28 de agosto de 1947 *(RT*

132/582 e 170/161, a 2ª Câmara a 14 de março de 1944, 151/660) e as Câmaras Civis Conjuntas, 9 de fevereiro de 1945 (156/703, a 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, a 1ª de dezembro de 1948 *(PJ*

59/21). Negativamente, o Supremo Tribunal Federal, a 4 de outubro de 1944 *(RF* 104/492; *RT* 158/867), a 3ª

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de agosto de 1944 *(RT* 151/696, *RF* 101/108) e a 4ª

Câmara, a 13 de novembro de 1935 *(RT* 106/134). Em tudo isso há confusão lamentável. Certamente, nos sistemas jurídicos, que têm a saisina, com a transmissão automática da propriedade e da posse, nenhum ato é necessário para que propriedade e posse se transmitam. Porém uma coisa é a transmissão da propriedade e da posse, que o decujo tinha, aos herdeiros, em virtude do art. 1.572, e outra, a transferência do direito à sucessão aberta, que tem o herdeiro, ou que têm os herdeiros, a terceiros. O Supremo Tribunal Federal, a 4

de outubro de 1944, chegou a dizer que se não poderia registrar a cessão dos direitos hereditários (em acórdão em que foi relator Filadelfo Azevedo). A transmissão ou cessão do direito à sucessão aberta somente pode ter efeitos reais com o registro. Dizer-se, como a 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9

de agosto de 1944, que o direito resultante do art. 1.572 „só se materializa e corporifica pela partilha, ou ato equivalente", de modo que seria impraticável o registro, é desatender-se a que o art. 44, III,

considerou bem imóvel, de per si, o direito à sucessão aberta e a que o art. 1.572 opera ipso *ivre,* só não sendo cessível o direito à sucessão aberta se alguma causa há para isso. Se se trata de direito real sobre imóvel, que está compreendido na massa hereditária, não há nenhuma contradição ao principio da continuidade do registro, como pretendeu a 3ª Câmara: o que se registra é o direito à sucessão aberta, considerado bem imóvel pelo art. 44, III. Do registro consta pertencer ao decujo o imóvel; passa, agora, a constar que o herdeiro ou os herdeiros transferiram a outrem o direito à sucessão aberta. O que não se pode admitir, e aí está grave fonte de confusão, é que se exija, para aquisição da sucessão aberta, o registro do respectivo título, como, fora de todos os princípios, decidiu o Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de fevereiro de 1945 *(RJB* 74/224).

Com o simples fato da morte, dá-se a transmissão. De nada mais se precisa. Se legítima a sucessão nem sequer se exige que se abra o inventário. Se testamentária, o cumpra-se, que se dê ao testamento, não tem eficácia constitutiva, em relação a aquisição da herança, que se operou, automaticamente, desde a morte do decujo. Título hábil para registro é o formal de partilha, ou a sentença de adjudicação, ou o ato de cessão do direito à sucessão aberta, ou qualquer ato de adjudicação a terceiro adquirente, em virtude de lei, ou de sentença. Antes do registro, a cessão de direitos hereditários somente pode ter eficácia pessoal.

§ 132. Direitos reais bens imóveis

1. *Direitos reais.* Os direitos reais sobre imóveis são tidos sempre por bens imóveis, sejam bens independentes, ou sejam como partes integrantes. Aqui, temos de os examinar quando independentes (art. 44, 1, *pr.).* São eles a enfiTeuse, o usufruto, a habitação, a renda imobiliária, o penhor agrícola, a hipoteca, a anticrese . Não as frisas, camarotes ou cadeiras cativas nos teatros, estádios, ou outros lugares de diversões, porque a lei não organizou, a respeito, a comunhão *pra divisa:* há obrigação e posse; não domínio. Não cessa a imobilização, mas cessa a independência, se de algum direito real é titular quem for, no momento, o proprietário de algum imóvel.

2. *Pertença.* Se o direito real *parece* que se fez pertença de algum imóvel, em verdade foi a coisa que se fez tal; *e.g.,* o terreno enfitêutico passou a ser pertença de outro terreno.

§ 133. Ações bens imóveis

1. *Ações que asseguram direitos reais.* A expressão "as ações que os asseguram", isto é, que asseguram os direitos reais, deixou questão de interpretação, desde quando se inseriu o art. 526 do Código Civil francês, derivado de Pothier: "Sont immeubles, par l"objet auquel ils s"appliquent: les actions qui tendent à revendiquer un immeuble" (cf. L. 15, D., *de diversis regulis iuris antiqul,* 50, 17: "Is, qui actionem habet ad rem reciperandam, ipsam rem habere videtur"). ~Seriam incluídas as ações pessoais, — ações para cobrar a coisa comprada, ou permutada, doada, ou legada, ações de anulação do negócio jurídico causal ou do acordo de transmissão, ou negócio jurídico unilateral de transmissão, ações de revogação da doação, ou de nulidade segundo o art. 1.175, ou 1.176, a ação de anulação dos arts. 248, IV, 178, § 79, VI, e 1.177, ações de resolução por inadimplemento (art. 1.092, parágrafo único) etc.? Tais ações não estão excluidas, mesmo porque o Código Civil, art. 44,1, antes falou dos direitos reais: "Os direitos reais sobre imóveis . . .e as ações que os asseguram". A imobilidade nada tem com a realidade do direito. A solução de técnica legislativa consistiu em distinguir, exaustivamente, as ações tidas por bens imóveis e as ações tidas por bens móveis. A dúvida maior seria a respeito de textos heterotópicos, como os arts. 1.175-1.177 e 1.092, parágrafo único, que se acham no direito das obrigações; mas, se o objeto da prestação é imóvel, temos de ter a ação como inclusa no art. 44, 1 (cf. Pietro Bonfante, notas a B. Windscheid, V, 202).

2. *Ações possessórias.* Quanto à ação possessória relativa a imóveis, há a questão de se saber se é de incluir-se no art. 44, 1, *ad instar* das ações concernentes a imóveis, se se discute o domínio ou algum direito real, ou se, ainda quando concernentes a imóveis, o seu lugar seria entre os bens móveis. A resposta tem de ser negativa; não cabe afirmativa, pela analogia com o art. 44, 1. Dir-se-á que não se entenderia que, em ação em que o direito brasileiro permite a exceção de domínio evidente (art. 505, 2ª parte), o objeto bem imóvel fosse sem relevância; mas a letra do art. 44, 1, não permite ir-se até aí.

3. *Ações do locatário.* As ações do locatário contra o locador do imóvel, *ainda se* não *são possessórias,* têm-se por bem móvel: não porque sejam concernentes só a fruto do imóvel (E 5. Bianchi, *Corso,* IX, 286 **5.;** L.

AbelIo, *Trattato delia locazione,* 1, 307 s.), mas sim por se tratar de ações para haver o *facere* do locador (E.

Laurent, *Principes,* V, 600 s.). O objeto do direito não é o imóvel, nem o fruto, mas a prestação do locador, a sua permissão para que o locatário goze a coisa. Não há, em causa, *ius ad rem.* Insustentável a opinião dos que vêem nas ações do locatário ações imobiliárias (e.g., N. Coviello, *Manuale,* 265; G. Chiovenda, *Principii,* 4ª ed., 49). As ações do locador do imóvel contra o locatário, *ainda não possessórias,* são bens móveis. Não assim, passivamente, a executiva por aluguéis, se o bem penhorado é imóvel: a citação da mulher do réu é necessária, como o é, ainda se só penhorados móveis, se são comuns.

§ 134. Coisas simples e coisas compostas

1. *Conceitos.* A incindibilidade natural da coisa concorre para que se tenha, no direito, por simples cada coisa. As coisas divisíveis, mas que têm unidade, são também simples. O conceito de simplicidade não contém, necessariamente, o de indivisibilidade. A delimitação corporal das partes integrantes faz composta a coisa; porém nem toda parte integrante é corporalmente delimitada. A coisa é composta quando a parte integrante aparece como coisa, entidade independente, sem no ser (e.g., mesas e gavetas).

2. *"Singulares" e "coletivas".* Os conceitos de coisa simples e de coisa composta surgem no art. 54, onde se diz que "as coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais" (aqui~ "coisas" está por "bens"), são

*singulares ou coletivas.

§ 135. Coisas singulares e coisas coletivas, bens singulares e bens coletivos

1. *Bem coletivo.* "Coisas", nos arts. 54-57, são bens pois que o art. 54 alude, de começo, a coisas materiais e imateriais. Pluralidade de coisas, que, na concepção corrente do tráfico, se tem como todo, ou unidade superior, é coisa coletiva; *e.g.,* rebanho, armazém, biblioteca; cada cabeça de gado, cada objeto, cada livro, é coisa singular. O Código Civil admite que os direitos entrem no conceito de coletividade (= bem coletivo); portanto, o rebanho e o crédito pela morte de um boi, ou de um cavalo, ou pela venda a prazo. O bem coletivo não é idêntico à soma dos bens singulares que o compõem, nem se altera com a substituição desses.

O bem natural coletivo podia, em direito romano, ser objeto de direito, inclusive de propriedade (assim, B.

Windscheíd, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 692; para quaisquer bens coletivos, G. E Puchta, *Pandekten,* Y ed., 52, e, *de lege ferenda,* E. Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit,* 79 **5.;** contra o poderem ser objeto de direito, C. G. von Wächter, *Erõrterungen,* 1, 15, H. Dernburg, *Das Pfandrecht,* 1, 452 **5.;** H. Góppert, *Uber die organischen Erzeugnisse,* 94 **5.;** A. Randa, *Das Eigentumsrecht,* 1, 29); porém não é de se excluir, *a prio ri,* que, às vezes (obscuros os textos), podem ser objeto de direito bens coletivos não-naturais, nem basta a explicação de A. Brinz sobre serem vindicáveis sem serem objeto de propriedade.

2. *Universalidades.* Se o conjunto de coisas ou de coisas e bens, ou de bens não-coisas, tem de ser tratado sob certo aspecto, como todo, diz-se que há bem *coletivo.* Podem tais universalidades ser dadas em usufruto, uso, ou habitação (arts. 714, 745 e 748), ou em garantia. Então, o direito real recaí sobre o todo, menos o consumível (Konrad Cosack, *Lehrbuch,* 1, 6ª ed., 114; E.

Fuchs, *Grundbegriffe des Sachenrechts,* 31; O.

Gierke, *Deutsches Priuatrecht,* II, 54; sem razão, J. Biermann, *BUrgerliches Recht,* 1, 375; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 289, 39ª ed., § 114, nota 15; Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, 27a~32ª ed., 422 e 609; E. Eck, *Vortrãge,* 1, 94; J. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 453; Zwãlf Studien, *Archiu fÍir Bàrgerlicl-ies Recht,* 22, 1

5.; Der Dispositionsniessbrauch, *Jahrbúcher fúr die Dogmatik,* 24, 291). De regra, o direito de propriedade só recai sobre coisas singulares, *de per si;* se é inegável que o marido e a mulher têm tal direito sobre os bens da comunhão, não se pode tirar das regras jurídicas sobre

usufruto, uso, habitação e garantia real regra jurídica sobre os demais bens coletivos. No direito brasileiro, não é de excluir-se a propriedade da biblioteca, diante dos arts. 54-56, tanto mais quanto o patrimônio e a herança não são os únicos bens coletivos, as únicas universalidades (art. 57). Se a universalidade de coisas se caracteriza, difícil seria exclui-la como objeto de direito, por si mesma; se a universalidade de direito exsurge, também. A empresa, como tal, não é patrimônio, no sentido do art. 57. O que mais importa é saber-se que a propriedade de cada coisa singular tem o seu ordenamento de aquisição, a que tem de obedecer. No plano do direito das obrigações, é diferente: pode-se vender, comprar, trocar, doar, alugar, ou emprestar bem coletivo, em que só haja bens corpóreos, ou em que haja bens corpóreos e incorpóreos. Se a transmissão exige pressupostos especiais para os diferentes bens, têm de ser satisfeitos. O que não se pode admitir é que, na falta de regra jurídica especial sobre tal transmissão (e.g., art. 1.572), se entenda possível o direito unitário de senhorio pleno sobre o patrimônio separado ("einheitliches Vollherrschaftsrecht an einem Sondervermógen"), a que se referia, em geral, O.

Gierke *(Deutsches Privatrecht,* II, 367). A discussão perdeu muito em se não ter precisado, de começo, a questão: ~Pode o bem coletivo ser objeto de direito? Para a afirmativa, não se precisaria de responder:

"Sim, inclusive de transmissão de propriedade sem ser como soma das transmissões".

3. *Universitas facti* e *universitas iuris.* No Código Civil, art. 54, diz-se: "As coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais, são singulares ou coletivas: 1. Singulares, quando, embora reunidas, se consideram *de per* si, independentemente das demais. II. Coletivas, ou universais, quando se encaram agregadas em todo". Aí estão a *universitas facti* e a *universitas luris.* O art. 54 trata de conceitos que são do mundo fático (coisas simples, coisas compostas; bens materiais), ou de ambos os mundos, o fático e o jurídico (coisas ou bens singulares, uníversalídades de fato), e já do mundo jurídico (bens coletivos, coisas coletivas, universalidades de direito). O direito importa o conceito coisa, bem (singular), que é do mundo fático; e importa o de rebanho, o de enxame (bem coletivo de fato), que também o é. Os conceitos de uníversalidades de direito, de patrimônio, de pecúlio, de regime de comunhão, já se produziram no mundo jurídico, já supõem a incidência de alguma regra jurídica, a entrada de suportes fátícos no mundo jurídico, fazendo-se fatos jurídicos, com as suas irradiações de eficácia. Só no plano da eficácia, já no mundo jurídico, é que se pode

falar de universalidades de direito, de patrimônios, de pecúlios, de regimes de comunhão, de subrogação. A própria sub-rogação real do bem singular é no mundo jurídico. No mundo fático, apenas há substituições materiais, como a da porta da casa, a da perna da mesa, a da pintura do edifício.

§ 136. Coisas fora do comércio

1. *Conceituação.* Para o Código Civil, conforme já dissemos, coisas fora do comércio são as que não são suscetíveis de apropriação e as que, *por lei,* são inalienáveis (art. 69). Segundo essa definição, as *res nuílius* e as *res derelictae,* que se tornam tais, não são coisas fora do comércio, *estão* fora do comércio, pois estão aptas a voltarem a ele, isto é, a serem apropriadas. Em compensação, são tidas por fora do comércio as legalmente inalienáveis, *e.g.,* os bens públicos (arts. 66 e 67; ainda, anteriormente, Código da Contabilidade da União, Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922, art. 840), quando a lei lhes proiba, de todo, a alienação; não, porém, e isto sob o Decreto-Lei nº 7.379, de 31 de março de 1945, os imóveis financiados pelos Institutos e Caixas de Pensões e Aposentadorias, porque o Decreto-Lei nº 8.618, de 10 de janeiro de 1946, art. 2ª, revogou todas as regras jurídicas que concerniam *à* inalienabilidade *absoluta* e à impenhorabilidade. Apenas persistiu a exigência da autorização expressa da instituição financiadora (art. Q; "Os 1

imóveis financiados pelos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões, de acordo com o plano destinado aos seus segurados ou associados, não poderão ser alienados por estes ou seus herdeiros sem autorização expressa da instituição financiadora"; § 1ª: "A autorização não será concedida sempre que se verificar ter a alienação finalidade predominante especulativa"; § : "Tratando

2ª

-se de imóvel componente de conjunto

residencial adquirido ou construído pela instituição, a autorização poderá ser recusada se o adquirente não for segurado ou associado seu ou de outra instituição de previdência social"; § 3ª: "O disposto neste artigo não se aplica aos casos em que o financiamento não tenha sido superior a dois terços do valor do imóvel na data da respectiva concessão").

2. *Crítica.* O conceito do art. 69 teria, mal interpretado, o defeito de confundir a *incomerciabilidade absoluta* e a *relativa;* mais ainda: as duas e a *indisponibilidade.* Todavia, devemos explicitá-lo convenientemente.

§ 137. Coisas presentes e coisas frituras

1. *Conceito.* Coisa presente é a que já existe e tem independência. Não basta o já ser in *rerum natura;* é preciso, ademais, que se afirme a sua individualidade. Os frutos pendentes, por exemplo, já são; no entanto, persistem juridicamente inindividuados (art. 43, 1), como partes integrantes do imóvel (ou do vaso com planta, que é coisa móvel). Os frutos são *res sperata;* a caça e a pesca, *spes rei,* porque, além do elemento natural, é preciso o ato humano, direto ou indireto *(e.g.,* através de alçapões, armadilhas, redes, covas etc.), para que se façam coisa apropriada. A existência atual da coisa não é pressuposto necessário dos negócios jurídicos, exceto dos negócios jurídicos reais. Porém, ainda assim, é possível, por exemplo, a transmissão para quando se dê a separação do fruto, se o adquirente está de posse do bem que frutifica e pode fazer seus os frutos. E a *brevi manu traditio* antecipada de móveis, que, todavia, não se verifica em todos os casos em que A. von Tuhr (Zur Lehre von der Anweisung, *Jherings Jahrbúcher,* 48, 43 s.; *Der Aligerneine Te,* II, 383, nota 116) a viu. Desde que a separação só depende do adquirente, dá-se a transmissão da coisa futura; outrossim, quando alguém foi encarregado pelos dois figurantes de separar os frutos e a separação se opera.

2. *Posse e coisa futura.* A coisa futura pode ser objeto de negócios jurídicos obrigacionais. Se, por exemplo, tratando-se de madeiras, ou de pés de café, ou cana, se dá a posse desde logo (marcação das árvores, área plantada, qualidades e quantidades a partir de determinado lugar), o comprador das árvores vivas torna se proprietário *simultaneamente* (no ponto de tempo *imediato)* à separação. Não assim se a permissão para separar era condicionada, inclusive à paga do preço, e a condição não se verificou (G. Salier, *Verkauf von Bãurnen aul dern Starnme,* 28 s. e 44s.). Se aquele, a quem se permitiu a separação, não chegou a ter posse, ou a teve por ato próprio, contra o possuidor, ou se a perdeu (= não tem posse ao

tempo da separação), a propriedade não lhe passa.

§ 138. Relação de secundariedade

1. *Acessoriedade.* A relação de acessoriedade deriva de concorre;em, a respeito de duas coisas, cedas circunstâncias que tornem a sorte de uma dependente da outra, sem que isso resulte de serviço de uma à finalidade da outra. A ciência prescinde de tal conceito de acessório; bastam-lhe o de pertença, o de frutos e o de proveitos. Mas o Código Civil força o jurista brasileiro a levar em conta os arts. 58-64, tal como os juristas portugueses da era filipina tiveram de levar em conta o irrompente substantivo das Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 42, § 2, *verbis* "assim pela coisa principal como pelo acessório". Em verdade, quando, por alguma regra jurídica especial, se cria a dependência de sorte de uma coisa à de outra, chama-se à coisa que lhe segue a sorte "acessório". Pode-se bem imaginar até que ponto de indeterminação chega o conteúdo desse conceito, que abarca objetos diversíssimos. Mais ainda: meteram-se nele os conceitos das acessões naturais *(accessiones naturales),* isto é, exatamente "entidades" que não poderiam ser acessórias, pela razão muito simples de que não mais são coisas, deixaram de o ser pela acessão (senso técnico).

2. *Uso do tráfico.* Os barris ou tonéis não são pertenças do vinho, ou cerveja, ou outra substância que neles se contenha, nem os sacos o são do algodão, ou do açúcar, ou do café. Todavia, porque é de uso do tráfico a alienação do vinho em barris, ou tonêis, tanto que se diz vendi "tantos barris de vinho" ou "tantos tonéis" (L.

3, § 1, D., *de* titrico, *vino vel oleo legato,* 33, 6: "loquimur habere nos amphoras mille, ad mensuram vini referentes"), os negócios jurídicos sobre vinhos compreendem os barris, os tonéis. Mesmo porque o uso do tráfico atende a que não se pode manter líquido sem ser em recipiente (L. 4, *pr.,* D., *de penu legata,* 33, 9).

Quando aos pássaros, também se haviam de ter como inclusas as gaiolas, ou viveiros (L. 66, D., *de legatis et fideicommissis,* 32).

§ 139. Produtos, frutos e benfeitorias

1. *Três conceitos.* A chamada acessoriedade pode ser apreciada no passado, no presente e no futuro. Os frutos são acessórios quanto ao futuro; enquanto pendem, são partes integrantes. Assim se há de explicar que, no art. 43, 1, se fale do que entra no conceito de imóvel e se nomeiem as árvores e frutos pendentes, e no art.

61, se diga que "São acessórios do solo: 1. Os produtos orgânicos da superfície". Deve-se ler o art. 61 como se enunciasse: na concepção do direito brasileiro, a terra, o solo, é que é o *cerne* ou *núcleo* da propriedade imobiliária; tudo mais é parte integrante do bem, "acedendo" ao solo. A expressão "acessório" é imprópria, porque o bem móvel é unidade e toda acessoriedade supõe pluralidade. O produto orgânico da superfície somente pode ser acessório a começar de ser coisa per si, isto é, ao deixar de ser parte integrante. Também os minerais contidos no subsolo —ou á superfície (entenda-se) — foram ditos acessório do solo, para se dizer que eram parte integrante do imóvel, cujo cerne é o solo (art. 61): "São acessórios do solo: li. Os minerais contidos no subsolo". Também aqui se hão de entender "minerais e vegetais" (cf. *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 372, 1ª: "Os produtos minerais e vegetais, que o solo espontaneamente fornece, ou com o auxílio de capitais e do trabalho"). A acessoriedade era no futuro, quando deixassem de ser partes integrantes, mas hoje, sob a Constituição de 1988, art. 20, IX, os recursos minerais do subsolo são bem público da União.

Quanto ao art. 61, III, "as obras de aderência permanente, feitas acima ou abaixo da superfície", são parte integrante (art. 43, II). O art. 62 diz que: "Também se consideram acessórios da coisa todas as benfeitorias, qualquer que seja o seu valor, exceto: 1. A pintura em relação àtela. II. A escultura em relação à matéria-prima. 111. A escritura e outro qualquer trabalho gráfico, em relação à matéria-prima que os recebe (art.

614)". As benfeitorias, por definição, fazem bem, ou pela necessariedade delas, ou pela sua utilidade, ou pelo maior deleite, ou recreio, que trazem ao bem. O Código Civil definiu-as:

"Art. 63. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias. § U São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual da coisa, ainda que a tornem mais agradável ou sejam de elevado valor. § 2ª São úteis as que aumentam ou facilitam o uso da coisa. § 3ª São necessárias as que têm por fim conservar a coisa ou

evitar que se deteriore". No art. 64, precisou-se: "Não se considerem benfeitorias os melhoramentos sobrevindos à coisa sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor". O ato do que benfaz à propriedade, como se lança sementes ao terreno alheio, trata-se como fato; é como se ave ou o vento o houvesse feito.

2. *Frutos e pertenças.* Os produtos orgânicos da terra, solo ou subsolo, são *frutos* (inclusive quanto à madeira, o capim, as parasitas das árvores); são também *partes integrantes essenciais,* se não podem ser despregadas sem dano para o imóvel (art. 43, 1 e II), ou *pertenças,* quando existem independentemente mas ajudam à função do imóvel *(e.g.,* o gado destinado à exploração econômica , os produtos agrícolas que são necessários à próxima plantação, o esterco existente no terreno). Assim, o art. 61, 1, tem de ser entendido para os produtos-pertença; e os frutos, enquanto se põem em relação de pertinencialidade. Frutos pendentes são partes integrantes, sendo o solo o cerne; frutos destinados à exploração, ou à próxima plantação, são pertenças.

Quanto aos minerais, o Código de Minas (Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940, arts. 1ª, § 1ª, e 42, na redação anterior à conferida pelo Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967), definiu a *jazida* (toda massa de substância mineral, ou fóssil, existente no interior, ou na superficie da terra, que apresente valor para a indústria) e disse-a "bem imóvel, distinto e não integrante do solo". Acentuara que a propriedade da superfície (solo) abrangia a do subsolo, "na forma do direito comum", excluida "a das substâncias minerais ou fósseis úteis à indústria".

3. *Obras aderidas.* As obras de aderência permanente, feitas acima ou abaixo da superficie (art. 61, III), se não se podem retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano (art. 43, II), são parte integrante essencial; portanto, nenhuma existência têm independente e está excluída, por isso, qualquer relação de secundariedade, ou acessoriedade: apenas aderiram ao cerne, que é o solo, debaixo dele, para ele, ou acima dele. Nem é preciso. para que sejam parte integrante, que pela conexão corporal estejam pregadas ao solo: basta a força de gravidade; porque podem as obras caber no conceito do art. 43, III. O conceito de coisas acessórias, se tomássemos à risca o art. 61, 1-111, seria o contra-posto à coisa principal, quando a coisa é composta, isto é, quando existe coisa A tal que dela fez parte algo que

exteriormente aparece como coisa.

Note-se bem: não é coisa, parece que o e. Então, falar-se-ia, acertadamente, dos acessórios do automóvel, ou de acessório da vitrola ou do aparelho de rádio, e dos acessórios do terreno, que seriam as árvores, as pedras e as construções. Teria o legislador confundido a relação de acessão que só serve a descrever o todo atual da coisa simples ou composta (conceitos do mundo fático) e a relação de secundariedade (= acessoriedade) que só serve ao conceito de pertença. Em verdade, eram bem pobres os seus recursos de terminologia e de precisão conceptual.

§ 140. Frutos

1. Conceito *de frutos.* A expressão "frutos" é empregada no sentido de proveitos econômicos que derivam da coisa conforme o destino que ela tem, ou pode ter parte dela, e sem lhe alterar a essência (cp. art. 43, 1-11, quanto a partes integrantes), ou diretamente (frutos naturais), ou por meio de outrem, isto é, como efeito de relação juridica que tem por fim a obtenção desses proveitos (frutos civis ou jurídicos). *a)* O conceito de frutos abstrai da periodicidade, ou da repetição ou reiteração, bem como da noção de capital. Os frutos não são só os produtos orgânicos, nem só o que é *rendimento* (sem razão, ali, H. Góppert, *Uber die organischen Erzeugnisse,* 19 s., e E Regelsberger, *Pandekten,* 1, 393 s.; aqui, Leo v. Petrazycki *Die Lebre* vom Einkommen, 1, 88; H. Dernburg, *Pandekten,* 1, 7ª ed., 176 s., 8ª ed., 131 sj. O conceito de frutos independe da própria aquisição pelo dono do fundo, ou por outrem, que os obtenha por negócio jurídico ou ocupação. O

conceito de frutos apenas se funda na relação de duas "porções" do mundo fático. O conceito de frutos é objetivo. As próprias coisas adéspotas, *nullus,* têm frutos (J. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 464; H. Roichel, Der Begriff der Frucht, *Jberings Jahrbucher,* 42, 245; E Affolter, *Das Frucbtrecht,* 2 **5.;** donde, sem razão, L.

Kuhlenbeck, *Handkomrnenta*~ 1, 2ª ed., 75, e Leo v.Petrazycki, *Die Lebre uorn* Einkomrnen, 1, 126 s.); e as coisas *nullus* e os frutos delas podem ser ocupados (contradição em H. Reichel, 42, 218). O fruto tem valor econômico; há de ter valor econômico. 14 Houve quem~ exigisse ao proveito ser periódico; todavia, os que sustentaram a teoria da periodicidade *(e.g.,* Leo v. Petrazycki, Di *e Lebre uom Einkornmen,* 1, 42 s.) não atendiam a que eles mesmos incluíam nos frutos a erva. c)

Outros faziam pressuposto necessário a regularidade (e.g., H. Dernburg); no entanto, esse elemento conceptual só concerne a frutos vegetais, o que denuncia a regressividade da teoria da regularidade. *d)* A teoria da destinação econômica (K. v. Czyhlarz) excluiria o que não está no destino econômico da coisa. A E. Hólder *(Pandekten,* 155) deve-se ter chamado atenção para a confusão, que ai se operava, entre a separabilidade fática e a separabilidade por direito. A erva é fruto, posto que o destino da coisa não seja o de produzi-Ia; basta-lhe ter valor Alude à possibilidade de destinação de todo ou de parte, por pequena que seja; e só a essa possibilidade. Se, por exemplo, nasceu no terreno da fábrica planta medicinal, rara, que se pode vender, é fruto, com todos os pressupostos conceptuais; não há, aí, destinação do terreno. Talvez mesmo não haja possibilidade de destinação de grande parte do terreno. Assim, pretendeu sustentar Leo v. Pelrazycki *(Die Lebre* vom *Einkommen,* 126 sã que não há *fructus* de *res nullus:* nao tendo dono a coisa, não se poderia pensar em fruto, porque falta a relação de propriedade, e, pois, a possibilidade da percepção dos frutos. O erro em que incorreu derivou de pôr o conceito de fruto no mundo jurídico; o conceito de fruto é do mundo fático. A separação pode dar-se enquanto a *res á* sem dono.

Aliás, tendo arquitetado teoria relativamente personalistica de fruto (os fmtos só se conceberiam com relação patrimonial com determinada pessoa, *Die Lebre* vom *Einkommen,* 42 sã, Leo v. Petrazycki deslocou para o mundo jurídico o conceito de fruto. O fruto éfruto, independentemente de ser elemento de algum patrimônio (conceito do mundo jurídico!): por isso mesmo, a *res nullus* dá frutos. Já frisamos o que há de algo na *dimensão do tempo* quando se fala de frutos: o fruto *já era* (passado) e *continua de* o *ser* (presente), se apenas é possível (futuro) separá-lo. Não importa quem venha a operar a separação. Quando se emprega o termo "fruto", ainda quando se esteja no mundo jurídico (em que o direito de propriedade é simples efeito de fatos jurídicos), aquilo, a que se alude, está no mundo fálico. O fruto-coisa já é não-fruto a partir do momento em que se independentizou; mas, porque o conceito é na dimensão do tempo, ainda de fruto se fala para se saber que regras jurídicas incidiram. E ineliminável nos sistemas jurídicos de hoje o que há de histórico no conceito de frutos. E esse elemento de vida, de resíduo, que estabelece certas antinomias, que dificilmente se reduzem no trato dedutivo do direito. Tinha de fracassar, como fracassou, o método de dedução de que se serviram G. E. Heimbach e outros. Todavia, foi excessiva a atitude nacional-economistica de Leo v. Petrazycki.

No definirem os frutos, duas teorias exsurgiram: a teoria do produto e

a do proveito. A primeira considera fruto o produto orgânico da coisa (O. E. Heimbach, *Die Lehre von der Frucht,* 20); H. Janke, Das *Fruchtrecht* des *redlichen Besitzers,* 5) e, principalmente, H. Gôppert, em todo o seu livro. A segunda mais atende a ser derivado da coisa o valor-fruto, segundo concepção econômico-social (Leo v. Petrazycki, Die *Lehre vom Einkommen,* 7). Vem de Rari Ritier von Czyhlarz, em C.F. von Glúck, 31/42, 1, 389, 1-1.

Dernburg, E. Hólder e outros. Tentou Leo v. Petrazycki *(Die Lehre vom Einkommen,* 42 s.) fazê-la teoria do rendimento; mas a doutrina manteve-a, sem o escusado alargamento. Basta pensar-se em que nem todo produto orgãnico é fruto, e em que nem todo fruto é produto orgânico, para se afastar a teoria do produto. Os juristas romanos começaram por ela (L. 59, § 1, D., *de usu fructu et* quemadmodum *quis utatur fruatur, 7,* 1:

"quidquid in fundo nascitur") e tiveram de soltá-la. O *-us* de f *ructus* mostra que se fez do verbo *frui* o substantivo (como *usus,* de ími; *partus,* de *parere).* Fruiu-se antes de se pensar em frutos. Fruindo~ se o terreno, chamou-se à atividade *fructus;* viu-se, depois, o que era "objeto" (fático) do fruir, e a isso chamou-se *Jructus.* Dois sentidos, um abstrato, subjetivo, a atividade fruitiva, e outro, concreta, objetivo, o "objeto" fruido (assim, Juliano, na L. 43, D., *de euictionibus et dupice stipulatione,* 21, 2: quod dicimus vitulum fructum esse vaccac, non lus, sed corpus demonstramus"). O direito de fruto, o i *us fruendi,* ou simplesmente, fructus, é em sentido subjetivo, já no mundo jurídico; ao passo que o fructus, o fruir do possuidor de má-fé, é só no mundo fático, dando ensejo apenas à responsabilidade pelo ato lucho ou pelo fato ilícito. A definição de frutos tem de referir-se a produtos orgânicos, não a *todos,* e ao que é fruto sem *ser produto.* Nem se adota, ali, a teoria do produto, nam, aqui, a do proveito. O que importa é a relação fática de coisa-mãe, ou bem-mãe, a coisa-filha, ou bem-filho, ainda que se insira algum ou muito trabalho humano. A referência do Código Civil alemão (§ *99,* aiinea lt *verbís* „welcbe aus der Sache ihrer Bestimmung gemáss gewonnen wird", que da coisa, conforme a seu destino, provém") à destinação da coisa, como pressuposto *positivo* do conceito de fruto, foi grave erro de técnica legislativa. Não há pensar-se em haver essa ou aquela destinação do bem para se saber o que são frutos; pensa-se na destinação para se saber se algo não é fruto, por ir *à substantia* da coisa, um de cujos elementos é a destinação. O proveito tem de ser *salva* substan *tia;* o que é *contra* a destinação da coisa é invasor da substância.

A concepção agrária do direito romano primitivo deu a base ao

conceito de frutos. Por isso, quando as XII Tábuas falam de glans, Gaio (L. 236, § 1, D., *de verborum sígnificatione,* 50, 16) interpreta que se trata de

"todos os frutos". A própria indenização era em espécie, em natura, razão para se chegar, mais tarde, facilmente, ao conceito de frutos mediatos. Frutos eram *fruges* (frutos nativos, legumes) e *frurnentum* (cereais), todos do mesmo étimo. O solo é que importa, porque os produz; e o dito de Juliano (L. 25, pr., D., *de usuris et fructibus,* 22, 1) demonstra-o, com toda a expressão da sua generalidade: omnis fructus non fure seminis, sed iure sou percipitur". Vieram a ter-se por frutos do terreno a madeira cortada, a ovelha, o cordeiro, a lã; de modo que foi o pensamento concernente aos vegetais que abarcou os animais e seus produtos (melhor que "se estendeu aos animais e ses produtos"). Algumas línguas contemporâneas mantêm os dois sentidos de Jructus: frutas (ou frutos), senso estrito; frutos, senso largo; e até o larguissimo de frutos do trabalho, dos atos humanos, que é sentido extrajurídico. Seja como for, fruto só é o que da coisa se pode tirar *salva* substantia sua. Há passagem de Cássia (L. 70, § 2, D., *de usu Jructu, 7,* 1), referido por Ulpiano, que os juristas nem sempre entenderam: carnem fetus demortul ad fructuarium pertinere" (a carne de feto morto pertence ao frutuário). O feto é parte do animal; morto, pertence ao frutuário, como parte, e não como fruto. Se o animal também morresse, a ele pertenceria. Quanto ao feto *ainda* não morto, os juristas romanos discutiam: sabinianos venceram, afirmando que éfruto; *leais* in *fructu esse,* disseram-no depois. O feto do feto, esse, para ser fruto, ou teria de ser do feto-filho elemento do rebanho, ou do feto-filho coisa singular (L.

8, D., *de usuris et fructibus,* 22, 1, verbis "ut causa"; H. R. Gneist, *Die formellen Vertràge,* 143). Discutiu-se se, havendo *universitas (e g.,* usufruto do *grex),* os filhos dos animais eram frutos dela (do rebanho), ou não.

Ora, não se poderia dar a mesma solução para as uniuersitates *luris,* para os corpus *ex distontibus* e para as coisas singulares.

O patrimônio só existe no mundo jurídico. O conceito mesmo de coisas coletivas, em que entra o de patrimônio, *é* conceito do mundo juridico. A respeito seria absurdo pensar-se em frutos naturais: o conceito de frutos naturais é oriundo do mundo fálico.

Quanto às *uniuersitates* facti, aos *corpus ex distczntibus,* — os seus elementos, e não a coisa coletiva, é que dão fruto, Rebanhos não geram, não podem ter filhos (H. Gõppert, *(ilber einheitliche,*

zusamrnengesetzte und Gesammt-Sachen, 98). O filho é fruto do animal, e, como esse, entra no rebanho, ainda no mundo fálico, ou, tratando-se de *universitas iurís,* o fruto do animal, entra, por efeito da aquisição (mundo jurídico), na coisa coletiva de direito. A relação, ali como aqui, é de constituinte para constituído (relação de coletividade), e não de consequência, ou derivação. O titular do patrimônio adquire os frutos como os adquiriria o titular do direito de propriedade da coisa singular. Nos casos em que o patrimônio de usufruto tem de conter x elementos, os frutos que somente dão para os substituir submetem-se à constituição, e a separação deles não os faz frutos conteúdo do direito do usufrutuário. Há, de inicio, regulação da panilha dos frutos, indo os elementos necessários à substituição ao proprietário, com sub-rogação (art. 56). Ao que, no plano da sistemática jurídica, se passa chamou Leo v. Petrazycki *(Die Lebre vom Eínkommen,* 1, 21) *conversío fructuun-i,* inspirando-se na L. 7, § 1, D., *de fure dotium,* 23, 3, em que Ulpiano disse: "Se se houverem percebido os frutos durante o matrimônio, não serão do dote; se, em verdade, foram percebidos antes das núpcias, convertem-se em dote *(in dotem convertuntur)",* salvo se acaso não convencionaram marido e mulher. Não precisamos da figura da *conuentío* tQcita, nem da figura da *conuertio fructu* um, porque, ainda na espécie que o mesmo Ulpiano trata na L. 4, D., *de pactis dotalibus,* 23, 4, que é a de convenção de se converterem em dote frutos durante o matrimônio, a figura da conversão seria supéri lua, no direito brasileiro (art. 56).

Pergunta-se se o animal, independentemente da sua genitora, pode ser fruto, *e.g.,* do prédio. O sabiniano Cássio (L. 9, § 1, D., *de usufructu et quernccdmodum quis utatur fruatur, 7, 1),* incluiu nos frutos as abelhas e, pois, pássaros e peixes; mas há a L. 26. D., *de usu* ris et *fructibus,* 22, 1, em que Juliano, excelentemente, disse: "Veriationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constei". A caça não é fruto do fundo, salvo se *rendimento* do fundo. No direito brasileiro, quem quer que seja pode apropriar-se dos enxames de abelhas, do *nullus,* — isto é, se nunca foram ocupadas, se as abandonou o dono, ou se elas sairam da colméia sem a vontade do proprietário e esse não as reclama imediatamente (art. 593, III). Passa-se o mesmo com os outros animais bravios (art. 593, 1), pois que as abelhas o são.

No direito romano, se vimos dos primeiros textos, que eram os de pensadores de concepção agrária da vida,

— razão por que só aludiam a frutos vegetais, até a legislação justinianela, — o que se observa *é a* "classe" *fructus* em que, através

das transformações da mentalidade dos juristas e das discussões, se vão incluindo e excluindo bens da vida. Ora se fala de *in fructu numerantur,* ora de *in fructibus hobentur,* ora de *in fructu* esse. Seria erro dizer-se que os juristas romanos não tiveram conceito único de *fructus,* ou que tivessem muitos e diferentes conceitos. Em cada momento, tiveram um que explicitava, evolutivamente, o conceito que hoje temos. E falso, pois, dizer-se como Hugo Donelo *(Commentarii,* VI, 6ª ed., 66), que havia muitos conceitos de frutos. Em verdade, houve lenta investigação para que se discriminasse, *in concreto,* o que *era* fruto e o que não no era: in fructtÃ *est, in fructu non est.*

Tentou Leo v. Petrazycki (Die *Lehre* uom Einkon-imen, 1, 264 s.) distinguir os frutos *de ocupação* e os *frutos de percepção,* de modo que a caça, a pesca e o apanhar de outras *res nullus,* encontradas no terreno, seriam frutos de ocupação, e os das árvores, ou das plantações, seriam frutos de percepção. Tal concepção de frutos é de repelir-se. Aliás, E. Hólder *(Pondekten,* 158) já havia prevenido quanto a não se poder eliminar a separatio, como elemento caracteristico de todos os frutos. O estar no mundo fático o conceito de fruto —

ainda quando "baixou" do mundo juridico (então o crédito de juros, filho do crédito de capital, étratado como elemento fálico) — exclui, por falsa, toda teoria que confunda o fruto e a renda, o objetivo-fático e o subjetivo resultado de operações no fálico e no jurídico. Inclusive, as definições dos economistas que, perto dos dois conceitos, porém ainda os apanhando obscuros e confusos, se referem a produto, ou a frutos, como a renda vista do lado objetivo. O crédito de fruto, tal como o entalhou a ciência do direito, atende mais à ciência econômica dos nossos dias do que os conceitos de muitos economistas; o fruto é o proveito considerado em relação com algum objeto (bem), de que provelo, sem no diminuir *(salva substantia).*

Definindo-o como "Ertrag", viu-o, em 1896, 1k 1 Neumann (Wirtscbaftliche Grundbegriffe, *Lehrbuch der Politischen Oekonomie* de G. von Schônberg, 1, Q ed., 180); apenas não foi ao domínio do suporte tático das regras juridicas, para definir fruto. Os *fructus cohaerentes,* os *fructus* stcntes, são parte integrante; o direito só os vê *de cimo,* como coisa-parte, isto é, como o que pode vir a ser coisa. Durante esse lapso, são fructus *exstantes,* frutos a serem colhidos, os frutos que pendem. Podem vir a ser *fructus separati,* que ou mergulham de novo na coisa, como as frutas amadurecidas, que caem, e se fazem parte do solo, sem ser mais por intermédio da árvore, ou pertencem a alguém, talvez ao proprietário, como coisas. Se alguém as come, consome-as: são *fructus consuniptí,* frutos que tiveram passado de

frutos-partes, foram frutos-coisas e agora não são, isto é, não são nem coisas nem partes integrantes.

Durante o tempo em que se vêem como frutos-partes que vão ou podem ser percebidos, aos frutos chama-se *Jructus percA piendi;* ou se apenas vão ou podem ser separados, *fructtas sepcrandi.* Todo *Inictus pendens é* fruto-parte; todo fructus *separatus* já não é parte. A respeito dos frutos existentes, convém observar-se que abrangem os que já são parte da coisa (= os que já se notam), os que estão a ser separados e os que já foram separados e ainda se acham com o possuidor. Os frutos consumi-los são os frutos que foram materialmente utilizados (consumidos, no sentido do art. 51), ou transformados, de modo que perderam toda a sua ligação ao passado, e os frutos alienados. Não importa se existe, ou não, no patrimônio, o correspectivo.

2. *Lugar próprio* na sistemática do *direito privado.* O lugar para se tratar dos frutos é na Parte Geral, a respeito dos bens, porque frutos são conceito do mundo fático, concernem a relações fáticas entre bens. A quem pertencem os frutos separados é questão que já se há de versar no Direito das Coisas, a propósito da posse ou da propriedade. O tratar-se, em parte, no Titulo da Posse revela que permanece o resíduo histórico, processualístico, não de todo sistematizado, da discussão sobre os frutos, que o possuidor de boa-fé colheu e os que, após a instauração do processo, se vão colher. O direito cogita dos frutos, conceito do mundo fático, porque é de interesse prático referir-se, *previamente,* a conceitos, que vai empregar, ao compor os suportes fáticos das regras jurídicas. Por isso mesmo, quanto aos frutos civis, que, a princípio, se não diziam frutos, mas in *laco fructu* um, o direito abstrai da relação jurídica, que suscitou a sua aparição, e os tem, por igual, como elementos fáticos. A própria noção de fruto da coisa coletiva, como o fruto do rebanho, que é o excedente do que serviu a substituir os mortos, não é conceito do mundo jurídico; é conceita do mundo fático.

3. *Partes do* solo. Quanto às pedras tiradas das pedreiras, Labeão entendia que atingiam a substância do fundo, do terreno (L. 18, *pr.,* D., *de funda dotou,* 23, 5), e Sabino (L. 9, § 2, D., de *usufructu et quemadmodum quis utatur .fruatur, 7,* 1) admitiu que o usufrutuário das pedreiras (e areais) as usasse, quase como bom pai de família. Javoleno Lançou-se contra Labeão, apontando minas de mármore que renasciam.

Quanto à cal, à greda, à areia, ao barro e semelhantes, já Labeáo admitia que fossem usados para o necessário e Ulpiano pó-Los, sem qualquer distinção, na classe dos frutos (L. 12, pr, D., *de usufructu,* 7, 1; L. 7., § 13, D., soluto *matrirnonio* dos *quemadmodum petotur,* 24, 3); mas ele mesmo teve de distinguir se há ofensa à parte necessária do campo (si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est). Importa dizer-se se a fazenda é de café, ou de cana-de-açúcar, ou de cacau, e o tirar o barro diminui-lhe o valor como fazenda, —

o barro *desde* onde começa a diminuir-lho não é fruto. O que é renascente, como a água mineral, sempre é fruto. Também o gelo natural. Não, para o direito romano, a água profluente *(aqua profluens).* O fruto é *lucrum ex re;* não *lucrum* ex *persona:* o que o empregado produz não é fruto dele, nem da empresa; nem a minha produção intelectual é fruto meu, ou da empresa do editor. Nem é fruto o que é feito com a mão, o *qucestus* (cf. *Provérbios,* 31, 16), — a pintura, a escultura, o escrito.

4. *Direito romano e o* partus ancillae. No direito romano, se bem que se não considerasse fruto o filho da escrava, o *partus ancillae,* P~ Múcio Cévola e M. Manílio ainda o tinham como tal. Venceu a opinião de M.

Júnio Bruto. Na L. 46, D., *de Jurtis,* 47, 2 (cf.L. 23, § 3, D., *ad Senatus Cansultum Trebeilianum,* 36, 1), Ulpiano nega que filho de escrava seja fruto: "partus ancillae non numeratur in fructu. Ressaltava a contradição; e a razão, que Ulpiano deu, fora simplesmente fática, para não surpreender a quem exige plenitude lógica ao direito (L. 27, pr, D., *de hereditatis petitione,* 5, 3): não se comprarem escravas para terem filhos! (non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant). Exigia ele aos frutos, em direito, o serem conforme o fim, mas dava ao destino das escravas presunção absoluta, negativa: a de nunca se adquirirem para a produção. Mais parecia atitude filosófica do jurista, querendo o legislador ignorar o fim.

No fundo, era a filosofia estóica que inspirava a Ulpiano: homem é fim; fruto émeio; o escravo, sendo homem, não pode dar fruto-filho *(hominis* homo). O direito é que refletia a contradição das concepções filosóficas, sem se poder estoicizar em toda a extensão.

5. *Vegetais. (a)* São frutos as flores do jardim, ou do campo, ou do parque (sem razão, 3. Robler, *Lehrbuch,* 1, 318), o próprio mato

cortado, ainda em consequência de devastação (P. Oertmann, *Aligemeiner Te,* 283; H. Reichel, Der Begriff der Frucht, *Jherings Jahrbúcher,* 42, 403), ovos, mel e pêíos de animal, porém não o que se fabricou, como a farinha, o óleo, a compota ou o doce de frutas. Não é fruto a planta, ou a árvore, que não é para ser produzida ou aproveitada, e sim para proteger, amparar ou conservar o fundo (H. Rehbein, *Das Búrgerliche Cesetzbuch,* 1. 92).

A carne dos bois não é fruto; o boi extingue-se. O pinto ou o pássaro não é fruto do ovo, — é continuação fática; o ovo, sim, é que é fruto.

6. *Frutos civis. (b)* São frutos, ditos *civis* ou *jurídicos:* os proveitos resultantes de se haver dado a outrem o uso, o fruto, ou o uso e o fruto da coisa, tal como acontece se A dá em locação a E a casa, e os juros do capital. Na L. 62, *pr.,* D., *de rei vindicatione,* 6, 1, Papiniano dizia, referindo-se a frutos da nave (portanto, frutos civis), que, como os juros, tal fruto não provém da natureza, mas percebe-se por direito, — *non natura pervenet, sed iure percipitur.* Os frutos civis, incluídos os juros, hão de ser tratados como os frutos naturais.

A respeito dos juros, na L. 34, D., *de usuris et fructibus,* 22, 1, Ulpiano acentuou que os juros obtêm o lugar dos frutos e com razão não se devem separar dos frutos:

"Usurae vicem fructum optinent et merito non debent a fructibus separari". Aliás, frutos do capital são as pretensões que vão surgindo, à medida que fluem os juros, e não o dinheiro com que se satisfazem as pretensões; essa verdade, que os juristas de ordinário não vêem, viu-a Pompônio (L. 121, D., *de verborum signijicatione,* 50, 16): "Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa, id est nova oblicatione" (Os juros do dinheiro, que percebemos, não entram nos frutos, porque não derivam do capital, mas de outra causa, isto é, de nova obrigação). Os créditos de juros é que *optinent vicem fructum.* Procurou-se distinguir os frutos naturais e os civis, conforme os conceitos de *percipere* e *separare (e.g.,* 1 Unger, *System,* 1, 469). Ora, a separação dos frutos civis é no momento em que nasce o crédito de frutos, e não no em que se recebem os juros, os aluguéis, ou outra prestação. Aos frutos civis também se chamou frutos do tráfico (Verkehrsfrtichte), frutos jurídicos (ou de direito, *Rechtsfrúchte,* K. Cosack). O

dono da coisa tem *fructus* (direito); pode exercê-lo, colhendo os frutos, usando a coisa *(e.g.,* habitando a casa), ou de outrem haver, pela dação do uso ou do fruto, ou de ambos, o que seja o sucedâneo dos frutos *vi naturae:* são frutos *vi leqis.* Se dou o sítio a E, que o desfruta, o meu crédito de juros (não o que B me paga, pelos frutos) fruto é, *vi legis.* Se lhe empresto dinheiro, os créditos de juros (não os juros, que me paga) são frutos, são *usurae pecuniae credita:* em verdade, o meu dinheiro não deu frutos; deu-os o meu crédito. A distinção, apoiada como se viu, nos textos, foi explícita na glosa. Hugo Donelo *(Cornrnentarii,* VI, 66) definiu:

"Naturalis, qui natura provenit, ut segetes, poma, animalium foetus.

Civilis, qui iure percipitur, ut rerum locatarum mercedes". Combatem-na por ser anticientífica (Leo v. Petrazycki, *Die Lebre vom Einkommen,* 1, 262), ou não ser divisão ou classificação de frutos mas junção de dois conceitos diferentes sob o mesmo nome (E. Hôlder, *Pandekten,* 158; Hans Reichel, Der Begriff der Frucht, *Archiv for* die *civilistische Praxis,* 42, 241). Se o dinheiro continuasse no cofre, não daria juros. Se A empresta o dinheiro a B, o dinheiro passa a ser de B: não poderia dar frutos para A. Fica a A o crédito contra B, e esse dá frutos vi *legis* a favor de A.

O dinheiro que E pague pelo capital emprestado põe-se no lugar do crédito; os juros, no lugar dos créditos de juros, que são apenas frutos civis.

O

conceito de frutos civis implica *mediatização* dos frutos (E Affolter, *Das Fruchtrecht,* 54 s., e Eberhard, Zinzen, *Gruchots Beitràge,* 55, 489, falam de frutos mediatos). Implica isso que se fitam os olhos na relação entre o proprietário e o titular do direito à posse, para se colocar, em vez do uso e do fruto pelo possuidor proprietário, ou pelo simples possuidor mediato, o que o possuidor imediato, ou o que o poderia ser, presta àquele. O conceito atendeu a que o uso e o fruto da coisa podem ser no mundo fático ou já se interpor *fato jurídico,* de que resulte ao possuidor mediato (proprietário, ou não), ainda de segundo grau, ou de mais, pretensão a "algo" (parte dos frutos naturais, ou dinheiro, ou outro bem).

Os frutos civis adquirem-se dia-a-dia. A diferença, em relação aos frutos naturais, ressalta. A aquisição é no momento em que a prestação deve ser satisfeita, porque há crédito de frutos e a repartição, no plano da eficácia, portanto no *mundo jurídico,* encontra no suporte fático d3 regra jurídica como elemento fático créditos de frutos, aliás fruto de crédito-mãe. Não há pensar-se na satisfação, porque essa seria adimplemento por outrem da divida de frutos, e não nascimento de direito. O direito a subscrever novas ações de companhia ou quotas não é fruto (G. Planck, *Kommentar,* 1, 4ª ed., 215; sem razão, E. Affolter, *Das Fruchtrecht,* 146 e 219). O proprietário adquire-o, como direito formativo oriundo da sua qualidade de dono das ações; não o usufrutuário, que só teria direito à subscrição, se esse direito fosse fruto.

(c) Há direitos que incluem em si o direito aos frutos; donde falar-se

de frutos de direitos. São os frutos que tocam ao usufrutuário, os juros do empréstimo, o fruto incluso na locação. Nota-se, ai, a confusão entre o mundo fático e o mundo jurídico, enleando-se os juristas. Não há frutos de direitos, há direitos a frutos contidos em direitos; nem o usufrutuário tem os frutos como frutos do seu direito de usufruto, nem o locatário colhe os frutos da coisa como frutos do seu direito de locação. Exatamente como o proprietário não os tem como frutos de seu direito de propriedade. A confusão fez pensar-se em relação de direito-mãe e de direito-filho, em vez de relação de coisa-mãe e coisa-filha, levando ao inadmissível conceito de frutos de direito. Ora, o direito, que seria fruto, é conteúdo do direito que se teria por direito-mãe; o *conteúdo* não é filho, é parte integrante "inseparável". Diante das antinomias e dificuldades, quis E Affolter *(Das Fruchtrecht,* 52 s.) superá-las, trasladando ao mundo jurídico todos os conceitos de fruto, inclusive o de frutos naturais *stricto sensu:*

todos seriam pretensões derivadas de direito-principal, ou direito-mãe, conforme o seu destino. O § 99, V e 3ª alíneas, do Código Civil alemão foi responsável por agravamento da confusão. O direito como *objeto* pode ter frutos: as pretensões de interesses são frutos do direito de crédito; mas, no caso do usufruto, não : o *fructus,* como o *usus,* é elemento da definição do usufruto. A lei é que se deve a extensão; sem que se tenha de refazer todo o conceito de frutos, deslocando-o do mundo fático para o jurídico. A extensão, relativa aos juros, somente permite que se empreguem os conceitos de relação jurídica obrigacional e de juros como elementos de suportes fáticos em que são apenas *frutos.* Assim, pois, o caminho, que se teria de tomar, era exatamente o inverso do que tomou E. Affolter: a inclusão dos próprios juros nos frutos não tem a consequência de assimilar aos juros os outros frutos, e sim a de assimilar a esses os juros. Traduzir-se-ia na regra jurídica que dissesse: os frutos, que *iure percipitur,* podem ser elemento do suporte fático das regras jurídicas sobre frutos. E somente mais uma espécie de fato jurídico que aparece no suporte fático das regras jurídicas, portanto como *Jato.* Dizer-se que o usufrutuário percebe os frutos como frutos do seu direito é deixar-se de atender a que o seu direito consiste, precisamente e tão-só, em usar e fruir. O seu direito *aos frutos* não pode gerar esses *frutos:* a vaca gera o bezerro, não a si mesma. A pretensão, a ação ou a exceção, concernentes aos frutos, não são frutos do direito de usufruto: ter-se-iam de alterar, profundamente, para isso, a linguagem do direito e os conceitos de pretensão, ação e exceção. Os frutos naturais que vão ao usufrutuário, ao locatário, ao credor anticrético e ao proprietário são frutos *da coisa.*

Os frutos civis são o correspectivo do uso ou do fruto, ou de ambos. O trabalho dos animais e os produtos da caça em lugar destinado a ela, e, pois, excluída a ocupabilidade, são tidos por frutos civis. Se o trabalho dos animais é prestado ao que os possui é uso de coisa não-consumível, como o uso dos vestidos; o que o dono deles receber de quem os alugou é que seria fruto civil. A caça, pelo próprio dono dos animais caçáveis, ou é consumo, ou é colheita de fruto, conforme atinge o número contável de animais, ou só o reduz ao que era antes dos nascimentos. O mesmo raciocínio há de ser feito quanto à pesca em lugar em que houve apropriação dos peixes. As vantagens do uso — os proveitos —tratam-se como os frutos, no sentido de terem de ser indenizadas ao que tem a pretensão à restituição ou repetição.

O produto de prêmios e loterias não são frutos; são contraprestações, não proveito, a despeito do *donum fortunae.* Se bem que aumentem o que enche o patrimônio, prêmios e loterias são capital: o aumento não provém de frutos, e sim à semelhança da valorização dos imóveis, das pedras preciosas e mais bens. O que o cônjuge recebe do bilhete de loteria, comprado com dinheiro seu, no regime da separação, é seu; no regime da comunhão, é comum. O marido, no regime dotal, não o percebe como frutos (art. 289, II).

7. Fruto e valor. O fruto precisa ser algo que tenha valor econômico, ainda que a sua utilizabilidade só seja *in abstracto:* "In fructu id esse intellegitur quod ad usum hominis inductum est" (Javoleno, L. 42, D., de *usu* cd *usu fructu,* 33, 2).

8. *Fruto e dimensão do tempo.* O conceito de frutos não é de um só instante: há frutos em formação, frutos pendentes, frutos colhidos ou separados, frutos percebidos. O conceito tem conteúdo histórico. Por isso, os frutos em formação e os frutos pendentes são, *de regra,* partes integrantes; os frutos colhidos, coisas de existência independente, que não *foram* tais (eram, antes, partes integrantes); frutos percebidos que podem, até, já terem outra inserção *(e.g.,* terem sido semeados, consumidos, ou transformados). Assim, quando, no art. 60, se fala de frutos como acessório, tem-se de advertir em que se supõe *já existir* e *ainda existir* a relação de acessoriedade. Em verdade, o conceito de fruto prende-se à relação coisa-mãe e coisa-filha, coisa frutipara e fruto, ao princípio da maior unidade, tendo sido a concepção dos frutos animais e minerais de fonte filosófica posterior (cf. Teofrasto, *De Causis plantarum,* 1, 1). Seja como for, a doutrina jurídica e as

legislações — até hoje — se ressentem da identidade de elemento entre a coisa-mãe e a coisa-filha ou fruto, estranha ao étimo de *fructus.* O fruto passou a ser, apenas, a parte integrante da coisa, o que mostra já haver no conceito de coisa composta, que é do mundo fático, o conteúdo filosófico. O problema da separação, similar ao corte do cordão umbilical, tinha de surgir: Africano (L. 62, 161], § 8, D., *de furtis,* 47, 2) enunciou que os frutos, enquanto estão coesos com o solo, são do fundo (fructus quandiu solo cohaereant, fundi esse), mostrando, assim, a ligação ao solo (cp. art. 61,1); Gaio (L. 44, D., *de rei vindicatione,* 6, 1) disse-o com o conceito de pender, de estar pendurado, — os frutos pendentes têm-se por parte do fundo (Fructus pendentes parsfundi videntur); Venuleio (L. 25, § *6,* D., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur,* 42, 8) deu notícia da dúvida de Labeáo quanto ao que entendia o Pretor por frutos coesos do fundo (fructus fundo cohaesisse), isto é, ou são só os maduros, ou eles e os verdes (inmaturi), mas logo acrescentou que, ao ser alienado o fundo, no que concerne aos frutos, não havia mais que *uma coisa,* — o fundo, a cuja alienação seguem os frutos de qualquer gênero. Ulpiano, na L. 12, § 11, D., *de instructo vel instrumento legato,* 33, 7, aludiu a *instrumnenturn* e repeliu, de acordo com Cássio, que os frutos, antes de cortados, possam ser instrumentos do fundo, porque *Jundus fundi instrumentum esse* non *potest;* mas, cortados, sim, porque podem servir para a produção de frutos. E a cissura, hoje, entre o fruto pendente, o fruto já sem qualquer relação com o fundo e o fruto-pertença. O

mesmo Ulpiano (L. 27, § 25, D., *ad legem Aquiliam, 9,* 2)

advertiu que, colhendo-se o fruto antes do tempo *(e.g.,* azeitona antes de amadurecer), há responsabilidade pela lei Aquilia. Na L. 58 157], D., *de furtis,* 47, 2, Alfeno caracterizou o furto da greda se alguém escava a terra para tirar greda e tirou-a *(et cretam abstulisset),* e não porque escavou e sim porque a tirou (non qula fodisset, sed quia abstulisset).

O

conceito de fruto, no direito romano, era obscuro e ainda o é no direito hodierno; porque se alude à parte integrante como se tivesse de o ser, ou tendo de deixar de ser (fructus stantes, fructus pendentes, fructus qui terrae cohaerent), se alude ao instante da separação e ao tempo póstero a essa. Acha-se na dimensão do tempo e fala-se de coisa que ainda não é, de coisa que nasce e de coisa que já está livre de toda relação objetiva com a coisa de que foi parte. Aliás, a importância

prática do conceito é ligada a essa vadeabilidade na dimensão do tempo: A vende a B frutos estantes, ou até, frutos que, mesmo como partes integrantes, ainda não são (serão partes integrantes e, depois, frutos); A transmite a B, dando-lhe a posse do fundo desde já ou, ao tempo da colheita, os frutos; A propõe ação de reivindicação contra E, que estava de boa-fé, e só tem de receber de B os frutos a partir da cessação da boa-fé (frutos passados, frutos estantes).

9. Frutos e diminuições *do bem.* O conceito de frutos não apanha os proveitos que se obtêm com prejuízO

para a coisa, *nem* o que é contra o destino econômico da coisa. Os grãos, os frutos. o leite, as crias dos animais, a crina, a lã, o que fica da poda geral das árvores, o esterco, a areia que se explora, o barro, as pedras e outros produtos ou benefícios econômicos semelhantes. são frutos. O prejuízo da coisa não é pressuposto suficiente para se não falar de fruto se o destino econômico da coisa implica esgotamento Na L.

7, § 14, D., *soluto* matrimoniO dos *queniact rnodum petatur,* 24, 3, Ulpiano pôs o princípio, implicitamente a respeito das minas de greda, prata ou ouro, ou de outra qualquer matéria, ou de areia; mas, no § 13, pré-

ressalvOu os rnarmores que se não reproduzem o que revela o primitivo conceito de frutos, rente à vida dos campos, e a primitiva indistinção entre orgânico e inorgânicO. Aliás, Isidoro *(Origines,* XVII, 6), no século VII, regressivamente escrevia que falar de frutos a respeito de animais era, em verdade, abusivo e figurado (veto abusive et transiative vocamus fructum). O que é preciso é que a coisa mesma permaneça: o barro, por mais que dele se tire, não exclui o terreno; nem o giz; nem a pedra. Certamente, quem tira a pedra que se deixou no rio, para se embelezar, com a cachoeira, o prédio de residência, atinge a coisa mesma, arrancando o que a ela está coeso para a sua destinação econômica. Não é fruto o de que se aproveita alguém para destino económico que é contrário ao da coisa. Essa destinação ou deriva da natureza da coisa, ou da concepção do tráfico, ou de disposição do proprietário ou do possuidor de boa-fé (H. Rehbein, Das *Búrgerliche Gesetzbuch.* 1, 92; E. Hôldor, Allgemeifler *Te,* 225; H. Reichel, Der Begrifi der Frucht, *Jherings* Jahrbticher, 42, 275; sem razão, 1". Oertmaflfl, Allgemeifler *Te,* 284, e G. Planck, Komniefltafl 1, 4ª ed., 214, que se satisfazem com a utilização fática, R. Leonhard, *Der Allgerfle?ifle Te,* 172, nota 2, que entende só ser atendível a concepção do tráfico). O problema nada tem com o de ser

acontecimento do mundo f ático, e não fato jurídico, a separação: a separação do que não seria fruto não faz ser fruto o que não o seria; a separação do que seria fruto faz ser fruto o que o há de ser. O que cortou o galho da árvore, que servia de quebra-luz á janela, separou parte integrante da coisa, danificou a propriedade. e não fez fruto o que não o seria: fez coisa à parte, que não é fruto. Os frutos caídos da árvore do terreno vizinho são frutos, pertencem ao dono do solo em que caírem (art. 557); não assim, o galho da árvore que o vento quebrou e caiu no prédio ao lado, ou no fundo. O conceito de *substantia* variou com as concepções filosóficas dos juristas, desde o de matéria até o de integridade segundo o tráfico e o de substrato econômico da coisa. Por onde se vê que a destinação econômica pode excluir ser fruto, não é *pressuposto* de ser fruto. A destinação pode ser só de parte, como se há jardim fechado (ou de inverno, ou de verão), para aformOseamento (art. 43, III); não há só a destinação residencial do prédio, nem só a de jardim (seria a mesma dos outros jardins): há a do jardim específico, a cuja substância ofenderia a retirada de todas as flores, para serem vendidas, quebrando-se o destino a formoseante do jardim fechado.

ío. *Separação dos frutos. (a)* A *separação* do fruto torna-o coisa à parte; deixa, por ela, de ser parte integrante. Tudo se passa. ainda, no mundo fálico; não há o *fato jurídico* da separação dos frutos, há o acontecimento do mundo f ático, ainda que *o* agente tenha sido homem (CI. F. von Savignv, *Das* Recht *cles* I3esitzCS, 7ª ed., 276 **5.;** K. Ritter von Czyblarz, era Ch. Er. Von Gliick, Pandektefl, 41-42, 1, 489 s.). Os frutos cortados não pertencem. sempre, ao proprietário da coisa de *que foi parte.* Não há nenhuma regra jurídica, no Código Civil, que diga pertencerem ao proprietário. como extensão do seu direito de propriedade. os frutos. Afirmam, no direito comum, a extensão, E C. Gesterding (Entwickelte *Lebre uorn Eigenturfl* 179 si, E. pagenstecher *(Die* rômische *Lebre* vom Elgentum, ii, 95 s.), K. A. D. UnterbOlflier (Von der Erwerbung des Eigentums an den Erzeugnissen, *Archiv* for *die* ciuilistfsche Praxis, 8, 310), E.

Windscbeid (Lehrbuch. L~ 8ª ed., 846 s., 9ª cd., 955 si, G. E. Heimbach *(Die Lebre von* der Frucht, 43 s.), H.

Janl□e (Das Fruchtrecht *cÃes redlichefl Besitzers,* 36 si, H. Gáppert *(Uber die* orgonischen ErzeugfliSse.

242) e outros. Não assim, A. çon Vangerow (Lehrbuch *der* Pandekten, 1, 7ª ed., 618, nota 1) e H. Dernbutg *(Pandekten.* 1, 7ª ed., 477 s., 8ª

ed., 345 s.), que viram, na aquisição pelo proprietário da coisa, nova aquisição: se ele adquire os frutos é porque tem *direito a adquiri-los,* se outrem não no tem mais forte, ou não lhe foi retirado. Ora, com a separação, os frutos são seus, ainda sem a *perceptio,* e o mesmo dá-se, hoje, com o usufruto e o uso, donde, nas três espécies, ser originária a aquisição. Mais ainda: com o possuidor de boa-fé (art. 512, 1) parte: "Os frutos naturais e industriais reputam-se colhidos e percebidos logo que são separados").

(b) A separação tem de ser em tempo próprio, as partes separadas têm de ser aquelas que se destinavam a ser frutos, ou podiam ter tal destino. Se a separação foi de mais do que poderia ser fruto, ofendeu-se à coisa, e cabe indenização; se foram colhidos antes de tempo, o dano à coisa é ressarcível. Algumas relações jurídicas, como a de locação, não permitem que se vá além do que se há de ter como incluso na prestação do que atribuiu ao que usa esse direito (cf. aris. 1.192,1, 1.193 e 1.211). Sustentou E. Hôlder que todos os frutos, inclusive os naturais, se adquirem em virtude de *relação jurídica.* A relação de propriedade conteria esse direito aos frutos, que se separassem. De modo que não haveria nada de específico entre os frutos civis e os naturais, no tocante à existência de relação jurídica. As fontes romanas, no entanto, só se referem a relações jurídicas obrigacionais, a despeito de serem frutos civis os foros *(canones emphyTetici).* O proprietário, ou o usufrutuário, *vel ipse frui ea re vel. . .locare potest.* "Potest": tem o direito de gozar e, pois, de fruir; porém o fazer seus os frutos e o direito de fruir são conceitos diferentes. Tenho o direito de procurar as pedras preciosas que há no rio do meu terreno e *estão* a sair desse; se não as achei ou não as apanhei, não as fiz minhas. Os frutos pendentes são parte integrante do terreno (mundo fático); separados, os frutos-coisas, que já não são frutos, mas coisas, pertencem a alguém, ou a ninguém, *desde* a separação. O proprietário é dono do fruto estante, ou pendente, como dono da coisa; porque esse fruto é parte integrante da coisa. Adquiriu-a, *iure accession is;* não ao fruto. Chamando fruto à parte integrante, cometeríamos o erro, em que tantas vezes incorreram os juristas, de identificar fruto com algumas partes integrantes; de modo que fruto não seria senão uma das espécies (subclasses) de partes integrantes. Ora, o conceito de parte integrante é *unitemporal:* o que é parte integrante há de o ser *agora.* Só se pode falar de algo que é parte integrante, para se enunciar:

"Isso é parte integrante da coisa A". Quanto a frutos, não; falamos de frutos (e podemos falar) quando *ainda* são parte integrante, quando estão a deixar de ser parte integrante e quando, tendo deixado de o

ser, aludimos ao passado, à relação mãe-filho que, com grande probabilidade, deixou de ser. Por isso não se pode dizer, *a priori,* nem, sequer, *de lege ferenda,* que os frutos (separados) pertençam ao proprietário *iure accession is:* só a lei poderia impor essa concepção da acessão dos frutos separados, — que é falsa, pois não haveria acessão deles, e sim extensão temporal da propriedade da parte integrante; a parte integrante é que se adquiriu *iure accecion is.* O *bonae lidei possessor* adquire os frutos *ipsa separatione* (art. 510). O proprietário não os adquire, separados, senão porque tem o poder fático sobre eles. O elemento comum é o mesmo; a separação é fato da história da coisa: o fruto-parte integrante independentiza-se; quem o tem à mão o faz seu, *se a lei não diz o contrário.* Portanto, o proprietário, o usufrutuário, o credor anticrético, o possuidor de boa-fé. Os legisladores do Código Civil francês, art. 547, disseram: Les fruits naturels ou industriels de la terre, les fruits civiles, le croit des animaux appartiennent au proprietaire par droit d‟accession". Evidentemente, confundiam acessão e parcialização, além de não entenderem as fontes romanas. Tal referência à acessão passou a outros códigos, inclusive ao italiano de 1865, o que o novo corrigiu (art. 821). Tampouco é o direito de propriedade que se irradia em direito aos frutos; *os frutos pertencem àquele que, no momento da separação, tem direito à coisa possuída.* Direito ácoisa possuída não é, sempre, direito de propriedade da coisa possuída. Se o proprietário, antes da constituição do usufruto para começar de abril, vendeu os frutos pendentes a outrem e a separação só se dá em maio, quando o usufrutuário já está com a posse, tudo se há de resolver em termos de *eficácia* da transferência *contra* o usufrutuário. Venda e compra, ou outro negócio jurídico, houve e vale; a aquisição da prestação depende de pressupostos da transferência e um deles falta se, sem ser eficaz, contra o usufrutuário, a separação *para o adquirente,* a posse está com o usufrutuário. Se, por exemplo, o usufrutuário só recebeu a coisa depois de maio, e o comprador dos frutos pendentes estava na posse do bem frutíparo no momento da separação, o problema resolve-se pelos arts. 510 e 511. (Não é verdade que, na venda e compra da coisa futura se exija que o vendedor seja proprietário da coisa no momento em que vem a existir; sem razão, E de Martino, *Com mentario,* III, 54. Para a eficácia nesse momento, sim). O produto "separado", o fruto tornado coisa, está, pelas circunstâncias, sob o poder fático de quem é proprietário, ou possui a coisa. Essa contingência influi para que a lei atribua a propriedade da coisa, *que nasceu,* a quem é dono da coisa-mãe. Não há extensão da propriedade; há propriedade nova, aquisição originária. A razão jurídica que estabelece a nova propriedade serve-se da propriedade, *ou* da posse, sobre a coisa-mãe, para elemento do seu suporte fático. Pode-se mesmo dizer que, na *dúvida,* pertence ao

proprietário (cf. P. Sokolowski, *Die Philosophie irn Privatrecht,* 1, 468: "in Zweifel"). Se caiu no terreno vizinho, a ele pertence (art. 557), e não ao dono do terreno em que a árvore cresceu. Os frutos separados, se o terreno está na posse de outrem, de boa-fé, são dele, e não do proprietário (arts. 510 e 512). O poder de negociar que tem o dono do prédio quanto aos frutos (futuros), ainda coesos, ou ainda por se formarem, é o de quem negocia com o que pode prever venha a ser seu; porém o possuidor de boa-fé, ou de má-fé, ou o não-possuidor, também o tem.

(c)

Separado da coisa-mãe, o fruto é coisa, objeto autônomo de direito, *finitum,* e os juristas romanos não mais viam relação objetiva entre ele e a coisa-mãe. Qualquer ligação teria de provir do *animus dornini* ou da legitimação à percepção (P. Sokolowski, *Die Philosophie im Priuatrecht,* 1, 473). No processo, é claro, tinha de caracterizar-se a aquisição pelo possuidor de boa-fé: durante ele, a separação não opera a favor do possuidor de má-fé, ou do proprietário que não é possuidor, se há possuidor de boa-fé. Talvez aí — na proibição de separar durante o processo, *com eficácia* —se haja formado a regra jurídica do direito do possuidor de boa-fé, passando ao *direito extraprocessual* (cf. A. Pernice, *Labeo,* II, 2ª ed., 347 s.; Serg. v.

Nikonoff, *Die Lebre uon der Sequestration,* 28 s.). No direito germânico do sul, fruto era o que se percebia, e quem percebia era dono (eius est fructus qui percepit). No direito germânico do norte, onde era o trabalho que mais importava, em vez do principio da percepção, regia o princípio da produção: quem semeia colhe, dizia o Sachsenspiegel (cf. B. W. Leist, *Uber die Natur des Eigentums,* 154). A ausência de definição, no Código Civil brasileiro, e a falta de regra jurídica, quanto à aquisição dos frutos (fora da restituição) traduzem a indecisão entre a economia extrativa de grande parte do território e a economia agrícola, pecuária e fabril de pequena parte.

11. *Fruto de direito.* Chamar-se *fruto de direito* o que se tira, por exemplo, do exercício do direito de usufruto é levar ao mundo jurídico conceito que pode ser do mundo fático ou do mundo jurídico. Os juros são frutos que se produzem no mundo jurídico; mas os frutos, que o usufrutuário colhe, são frutos do bem usufruido, e não frutos do usufruto. O fruto, natural ou civil, é fruto do bem; o usufruto consiste (substância) no uso e no fruto, de modo que haveria contradição em se

terem os frutos do bem usufruído como fr utos do usufruto. Frutos de direitos teriam de ser direitos, tal como acontece com o direito aos juros do capital, *sors,* de que os juros são a *pecunia percepta.* Foi lamentável a inserção de § 99, 2ª alínea e 3ª alínea, in *fine,* no Código Civil alemão. Usa-se sentido diferente de frutos quando se fala de frutos do usufruto, — o a que o usufrutuário tem direito e percebe é fruto do terreno usufruído, *fructus predii.* Grave confusão ressalta, portanto, em se ter por *fruto* o que é *conteúdo* do direito. Certo é que, na L. 49, D., *de usuris et fructibus,* 22, 1, Javoleno disse:

"Fructus rei est vel pignori dare licere". Se o poder dar em penhor a coisa é fruto, o sabiniano, que ocupou muitos cargos mas havia de ter algo de insano (cf. Plínio, *Ep.,* VI, 15), não distinguiu ai, o ser *fruto* e o ser *poder de disposição.* Fruto seria da coisa o *licere dare* dos frutos, por antecipação, como o que o devedor, na anticrese, recebe, à medida que o credor, com os frutos, se paga do capital ou dos juros (art. 805, *verbis*

"ceder-lhe o direito de perceber", cf. art. 774,11, quanto ao penhor, *verbis* "a entregálo com os respectivos frutos e acessões, uma vez paga a divida").

Para salvar o texto de Javoleno, O. Lenel, na *Palingenesia luris Ciuilis* (Jav., n0 190), leu-o como se se tratasse de reconhecer ao usufrutuário o direito de empenhar o usufruto. Seja como for, o sabiniano foi infeliz na frase e já O. E. Heimbach *(Die Lebre von der Frucht,* 4, nota 1) frisava não ter qualidade de fruto a empenhabilidade, em si. Os legisladores alemães deixaram-se levar por expressões romanas *(fructus servitutis, fructus possessionis* etc.), que não correspondiam ao exato conceito de fructus, tal como aparecia nos textos romanos. Dai a artificialidade do conceito do Código Civil alemão, que, ai, lamentavelmente, em vez de servir, desserviu à ciência.

12. *Lucro e frutos.* Frutos são o que o bem produz, sem se lhe atingir a substância. Mas é possível falar-se, atecnicamente, de frutos como o lucro *líquido* em vez de *produto* ou *lucro bruto.* Invoca-se regra jurídica romana, para justificação de tal sentido.

Sem razão. Na L. 36, § 5, D., *de bereditatis petitione,* 5, 3, diz-se que se entendem os frutos depois de deduzidos os gastos, que se fizeram para se obterem, colherem e conservarem, — o que, acrescenta Paulo, a razão natural *(naturalis ratio)* exige, não só respeito aos possuidores de boa-fé, sim também quanto aos de má-fé, *sicut Sabino quoque placuit.*

Cf. art. 513, *in fine.* No texto de Paulo não há *outro* concaito de fruto; há regra jurídica sobre restituição de frutos, ou melhor regra jurídica de interpretação das regras jurídicas ou negócios jurídicos em que se fale de se restituirem frutos. Não há contradição; o conceito de frutos, que é do mundo fático e um só, não se encolhe, ou diminui, tornando-se fruto menos despesas. Aliás está em Ulpiano (L. 46, D., *de usuris et fructibus,* 22, 1); não há dúvida em que o que se gastou na coleta dos frutos se deve diminuir dos mesmos frutos (Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus deminuere debere). O *debere* já é no plano da eficácia jurídica, em momento posterior, portanto, à entrada, no mundo jurídico, de suporte fático em que há *fructus* e há o que se gastou em despesas para os ter e perceber *quod in fructus redigen dos* impensum *est.* Não no viu Hans Reichel (Der Begrif 1 der Frucht, *iherings JahrbOcher,* 42, 236 s). Tampouco é de admitir-se o conceito de *fructus,* que arquitetou Leo v.

Petrazycki *(Die Lebre vom Einkornmen,* 1, 201 e 248), da *universitas fructuum,* a que se seguiu o de L.

Kuhlenbeck *(Von den Pandekten zum BGB.,* 1, 279 s.), para quem o conceito de fruto havia de ser como o de dote, ou pecúlio, *universitas* (282), portanto como conteúdo em liquidação, ou a liquidar-se. Tal conceito correspondeu a certa época, a do auge da prosperidade capitalistica, no fim do século passado, quando era possível gastar-se sem se ter do patrimônio e dos frutos conceito de ativo que se "expõe" ao passivo: tudo se passava como se patrimônios ou frutos fossem felizes conglomerados em constante liquidação. O líquido, a dedução mesma, só se apresenta, em verdade, para a *restitutio fructuurn* ou para a *repetitio fructus;* e foi pena que os defensores dos conceitos genuínos de patrimônio e de frutos, no repelirem os novos conceitos anti-históricos e assistemáticos, não tivessem tido a verdadeira compreensão dos textos romanos em que se aludiu à dedução das despesas (L. 38, § 14, D., *de usuris et fructibus,* 22, 1; L.

36, § 5, D., *de hereditatis*

petitione, 5, 3; L. 7, *pr.,* D., *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur,* 24, 3; L. 10, § 20, D., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur,* 42, 8; L.10, § 9, D., *mandati vel contra,* 17, 1; L. 65, § 5, D., *de condictione indebiti,* 12, 6). O que importa é extrair-se o conceito de *fructus* onde havia definição ou exemplificação dele, e não onde apenas se redigiu regra juridica sobre restituição ou repetição de frutos. Na história do direito romano, veio-se, aos poucos, explicitando o conceito de *fructus,* a partir do conteúdo primitivo, só referente aos vegetais; chegou-se, depois, à discussão e inclusão dos juros como

frutos. Não se foi além; nem seria acertado que se fosse.

Pretendeu Leo v. Petrazycki *(Die Lebre voai Einkommen,* 1, 264) distinguir os frutos brutos e os frutos líquidos (Bruttofrflchte Nettfrúchte). Mas é evidente a confusão entre frutos e lucros. Tem o mesmo

defeito fundamental que a divisão dos frutos em frutos de percepção e frutos de restituição. Além disso, há restituição e repetição de *fructus percepti.*

§ 141. Minas

1. *Antecedentes legislativos.* À massa de substâncias "minerais" ou "fósseis", existentes no subsolo, ou no solo, que podem ser industrialmente utilizados, chamou o Código de Minas (Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934) *jazidas;* e à jazida, na extensão concedida, ao conjunto de *direitos, pretensões e ações,* que fazem o conteúdo do direito de propriedade da jazida concedida, e aos resultados e efeitos da exploração, mais o título mesmo e a concessão, — chamou *mina.* O legislador, contra as indicações de técnica legislativa, em vez de se ater ao falar comum e à tradição terminológica, usou de todo esse conceituar redundante, para dizer que à mina, antes de concedida, — chamaria *jazida ;* e à mina, depois de concedida, como coisa ou como direito e pretensões, — mina. Seja como for, essa atitude, que se vinha acentuando no direito administrativo brasileiro, teve função meramente *abreviativa.* O Código de Minas, saindo depois da Constituição de 1934, posto que assinado antes dela, encontrou textos constitucionais que já atendiam a essa dicotomia de intuitos práticos. O conceito de "mineração", no art. 5ª, XIX, *j),* da Constituição de 1934, como o de "minas", no art. 16, XIV, da Constituição de 1937, de modo nenhum aludia a esse corte temporal, que serviu à distinção conforme a anterioridade, ou a posterioridade, em relação à permissão de explorar. Tanto nos *Comentários à Constituição de 1934* (1, 267) quanto nos *Comentários à Constituição de 1937* (1, 433) abstraímos da cisão conceptual e calcamos a definição na que traduzia o pensamento legislativo do Brasil, contida no art. 12, *pr.,* da Lei nº 2.933, de 6 de janeiro de 1915. O direito administrativo brasileiro continuou empregando, com ou sem a discriminação relativa à permissão, os dois termos (jazida,

mina); porém verdade é que ela não penetrou no direito constitucional em 1934, nem entrou no texto de 1937, nem no de 1946 —

exceto para distinção quanto ao direito de preferência, ou no de 1967, a exemplo do de 1988. Na língua portuguesa, não é velho o significado de massa de substâncias minerais ou fósseis, de valor econômico, atribuído a "jazida". Azurara, na *Tomada de Ceuta,* falou de "jazeda", lugar em que alguém jaz (e.g., jazeda de mortos); e J0ã0 de Barros, nas *Décadas,* de jazeda, lugar para estância dos navios, ancoradouro ou amarração. Não era outro o significado de jazida nos *Comentários* de Afonso de Albuquerque, nem aquele que está nos *Sermões* de Diogo de Paiva de Andrade. No Dicionário de Francisco Solano Constâncio, „1ª ed.

de 1852, o novo sentido não aparecia, e mal repetia ele a Antônio de Morais e Silva (3ª ed., 1823, II, 128).

No *Dicionário Contemporâneo* de E J. Caídas Aulete, suprimiu-se "jazeda" e manteve-se o que se lia em Antônio de Morais e Silva. A legislação setecentista refere-se a minas descobertas, ou por se descobrirem (e.g., Alvará de 27 de setembro de 1733), e de se buscarem minas de prata ou quaisquer outros minerais.

No sistema da Constituição de 1891, antes da Lei nº 4.265, de 15 de janeiro de 1921 (art. **52),** a propriedade das jazidas minerais ou, melhor, das minas — era, como a de produtos orgánicos, direito incluído no de domínio. A mina era, portanto, *parte integrante essencial.* (O Código Civil, art. 61, 1, revelou bem parca precisão terminológica, atribuindo relação de acessoriedade aos produtos orgânicos). Os produtos orgânicos *ou* são partes integrantes, *ou* se separam e são coisas à parte; e, sendo coisas à parte, *podem ser pertenças.* A mina era *parte integrante essencial* do solo. Chama-se parte integrante essencial parte integrante que não pode ser objeto de direito real separado. Não posso alienar o prédio (no direito brasileiro) sem o terreno; no direito que foi o nosso entre 1891 e 1921, a mina, sendo parte integrante essencial, não era suscetível de direito real em separado. Cumpre estudar a transformação que se operou.

2. *Minas, conceituação.* Já no texto da Constituição de 1946, o art. 152 dissera que "as minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas de água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial". Naturalmente, é a lei que dá os *limites ao conteúdo* do direito de propriedade, inclusive

das minas; todavia, essa Constituição mesma, no art. 153, estatuira: "O

aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei". O aproveitamento, não a propriedade, como também sob a Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, art. 168, § 12, e a de 1988, art. 174, § 12. Ainda quanto a esse aproveitamento, os §§

12 e **32** trataram dos pressupostos para ele: "As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a Brasileiros ou a sociedades organizadas no país, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas" (§ 1v). Esse § 12 sofreu a influência do Código de Minas, de 1934, e era de esperar que sofresse, uma vez que, existindo legislação sobre preferência, que criou a dicotomia "jazidas, minas", o fato de se não referir a jazidas poderia ser interpretado como excludente de qualquer direito de preferência do proprietário do solo às pesquisas, permissão estatal que, conforme veremos, de modo nenhum se liga, historicamente ou em sistemática jurídica, à propriedade *distinta da mina.* As idades a que se prendiam os arts. 152 e 153 eram assaz distantes uma da outra. Foi *necessitatis causa,* devido ao direito administrativo de 1934-1946, que o art. 153, § 1ª, teve de se referir a jazida. A Constituição de 1934 não precisava fazer a dicotomia, porque o seu art. 119, § 1ª, era redigido de maneira a não precisar de qualquer referência a minas ou minas e jazidas:

"As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a Brasileiros e a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação aos lucros". No § **42,** teve de ser explícita: "A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas de água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do país". No

§ **32** do art. 153, a Constituição de 1946 tratou da passagem das atribuições de autorização e concessão aos Estados Federados, assunto que aqui nos escapa.

3. *Subsolo e* minas. Se bem que às vezes se entrelacem a *história* do direito de propriedade do solo e a *história* do direito do Estado a permitir a exploração, as duas linhas históricas partem de momentos

diferentes, e não raro se separam, prosseguindo sozinhas. Os proprietários do fundo tinham direito exclusivo sobre o subsolo, ou sobre o que se superpunha. Quanto às substâncias a que hoje chamamos minerais ou fósseis, a regra era, a princípio, inexcetuada (Ulpiano, na L. 7, § 14, D., *soluto matrimonio dos quemadmodurn petatur,* 24, 3); e, separada a greda, a prata, ou o ouro, ou a areia, certamente seria fruto.

Tanto segundo Javoleno quanto segundo Ulpiano, devia haver *renascimento* ou *acréscimo de valor (renascuntur, crescunt).* A expressão "fodina", que se emprega nos textos, corresponde às mina em exploração ou lavra, porque *fodio* é cavar, de onde "fossa". O direito romano tinha, pois, as minas como partes integrantes essenciais do solo. Tais partes, quando dão renda ao fundo, se tornam frutos. A lição vem-nos de Ulpiano, na L. 7, § 13, D., *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur,* 23, 3, se bem que criador de dúvidas o texto: o mármore cortado, o "marmor caesum", que fez mais produtivo o fundo, "fundum fructuosiorem fecerit", é fruto. Cf. L. von Petrazycki *(Die Lehre von Einkommen,* 1, 88). A primeira limitação do conteúdo do direito de propriedade foi, talvez, a da L. 13, § 1ª D., *communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum,* 8, 4: "Se consta que em Te campo há pedreiras, quem não tem direito a fazê-lo não pode, a título (de direito) privado ou público, extrair pedras contra tua vontade, salvo se em tais pedreiras há tal costume, como se, para alguém delas extrair pedras, não o faça senão pagando para isso, antes, ao dono o preço acostumado (nisi prius solitum solarium.. .praestat); porém há de tirar as pedras depois de satisfeito o dono (com as que tirou), de modo que se não interrompa o uso da pedra necessária, nem ao dono que tem direito se elida a utilidade da coisa" - O costume, *consuetudo,* de que aí se falava, era costume *regra jurídica.* Portanto, limitação consuetudinária ao conteúdo do direito de propriedade. Nas provincias, o Estado tinha direito de propriedade sobre o solo, de modo que o direito dele sobre as minas havia de ligar-se a isso.

A *Lex Meta Ilorum \Jispascensis,* §§ 7ª e 9ª, e o Código Teodosiano, *de meta Ilis et metallariis,* 10, 19, disseram que ainda particulares podiam ocupar minérios mediante *solário.* Na L. 3, C., *de metallariis,* 11, 7, disse-se que "quaisquer (do povo) que, em lugares de particulares, buscam, com laboriosas escavaçôes, veios de mármore, entreguem ao fisco a décima parte e outra ao dono, reivindicando para seus próprios intentos a quantidade restante". Percebe-se bem que se dava a apropriação do mármore cortado, e não da pedreira.

Estava-se pelo quarto século depois de Cristo. A separação entre o *direito de propriedade* e o direito *de buscar* (pesquisar) *minérios,*

dependendo esse de ato juridico do Estado, é de origem germânica, atendendo à consideração de que, para a busca ou investigação, devem intervir pressupostos subjetivos que não coincidem com os fáceis pressupostos do acesso à propriedade. Cumpre, porém, observar-se que o direito de pesquisa funcionou como limitação ao conteúdo do direito de propriedade, e não como direito a *outra* propriedade. A linha histórica da concepção da propriedade distinta é inconfundível com a do direito à pesquisa. Na península hispânica, as minas eram do Estado, de Roma, e apenas se permitia a ocupação, com a permissão e a fiscalização do Estado. Descobriu-se, em 1906, em Portugal, a *lex metalliis dicta* da mina portuguesa de Ajustrel, que nos revelou o regime romano-peninsular (cf. Mispoulet, *IVouvelle Revue Historique,* 31, 345 s.). Temos, pois, que, do Estado ou dos particulares, a mina foi sempre, no direito romano e no provincial, *parte integrante.*

4. *Regalia mineira e princípio da livre pesquisa.* A valorização econômica das minas aguçou a vontade de poder dos príncipes e os reis francos invocaram a *regalia mineira.* A propriedade do fundo cindiu-se em propriedade do solo e propriedade da mina, o que se refletiu em Portugal, nascendo o direito realengo às minas, o "direito real" (do rei) de que falam os textos, inclusive o afonsino. Nas Sete Partidas, lá está ele. De lá passou aos costumes portugueses, como primeira fase da cisão econômico-jurídica da propriedade. Mas o direito romano atuou como antitese a esse germanismo estatal; não mais o direito da província, e sim o direito de Roma. Não se poderia pensar em volta aos décimos pagáveis ao fisco e ao proprietário particular.

Desde o reinado de D. Duarte que se procurou atenuar o medievalismo da cisão, iniciado lá pelo século X.

Nas Ordenações Afonsinas, Livro II, Título 24, § 26, havia um "tem", que se referia a "Disseram as Leis Imperiais", e depois: "Direito real he argentaria, que significa veas douro, e de prata, e qualquer outro metal, os quais todo homé poderá livremente cavar em todo lugar, contanto que ante que o comece a cavar, d‟entrada pague a El Rey oito scropulos d‟ouro, que valem tanto, como hua coroa d‟ouro cada huú; e aallem destes oito scropulos d‟ouro, que asy há de pagar d‟entrada, por assy cavar qualquer metal, aquelie, que cavar ouro, por seer em y mais nobre, e mais excellente metal, que outro nenhú pagará mais em cada huú anno ao dito Senhor sete scropulos d‟ouro; e quando qualquer outro metal, que nom seja ouro, cavar, pagará cada huú anno libra de quatorze onças; e aalem desto pagará mais a El Rey

de todo metal, que purifica, duas dizimas, se o dito metal for cavado em terra d‟EI Rev; e seendo cavado em terra, que seja de alguã privada pessoa, pagará ao dito Senhor Rey huã dizima, e outra pagará ao Senhor da terra, e toda a outra maioria será daquele, que o houver cavado”. Analisando esse § 26 nota-se-lhe que já se concebe a *concessão* como negócio jurídico de direito público e já se chegou ao *princípio da livre pesquisa do minério,* que deu nome à cidade de Freiberg (mina livre). O princípio da livre pesquisa, *mediante concessão,* nasceu em antítese à propriedade dos príncipes, que era a regra; não em antítese à propriedade dos particulares. As Ordenações

„Afonsinas do texto citado, já o consignavam, de maneira inconfundível:

todo homem poderá livremente cavar em todo lugar, *contanto que,* ante que o comece a cavar, d‟entrada pague a El Rey oito scropulos d‟ouro . As Ordenações Afonsinas não cindiam a propriedade particular, pois reconheciam o direito dos donos de terras privadas a uma dizima. As Ordenações Filipinas, Livro II, Título 26, § 16, diziam: “Direito real é podei o Príncipe tomar os veeiros e minas de ouro, ou prata, ou qualquer outro metal”. A redação do Titulo 26, com as suas elipses desabusadas, é defeituosissima; de modo que não se poderia saber, pela interpretação literal, qual o *conteúdo* de tal direito do soberano: se era o de domínio ou o de direito formativo gerador, como hoje diríamos. No Título 28, pr, tratando-se das doações feitas pelo Rei, e per os Reis nossos antecessores”, a despeito das “cláusulas muito gerais e exuberantes”, foi dito que se não entendiam dados os veeiros e as minas”. Meio Ereire *(Institutiones,* III, 23) não falou da cisão: à concessão, mediante tributo, é que se refere. Manuel de Almeida e Sousa *(Notas de uso prático,* III, 142) escreveu: Pelo que respeita às minas metálicas subterrâneas, e hoje sem dúvida serem um direito real, não só no nosso Reino; mas nas mais nações da Europa; ainda mesmo que as minas se façam e os metais se achem em prédios particulares”. Verdade é que a concessão pelo príncipe somente se passava no plano do direito público; mas os juristas tiraram daí que, no plano do direito privado, a separação da *propriedade* das minas, que se fazia, medievalmente ou, por sobrevivência monocrática, depois, tinha de ser interpretada, no caso de concessão, como separação *privatística.* Não há dúvida que isso atendia a uma das leis de evolução jurídica; ainda mais: a que os soberanos mesmos já começavam a afrouxar o laço publicístico da concessão. Todavia, as Ordenações Filipinas, Livro II, Título 26, § 16, e Título 28, *pr,* lá estavam, irrevogadas, pelas não haver revogado a Carta régia de 12 de agosto de 1817. Um problema *(a)* era o da propriedade do solo pelo Estado ou do solo pelo particular; outro *(b),* o da cisão entre a propriedade do

solo e a mina; outro (c) o da livre pesquisa, mediante concessão e paga de prêmio. O problema *(a)* não envolvia, de modo nenhum, o problema *(b)* ou o problema (c). A propriedade do terreno poderia ser do Estado, como fora, ao tempo das províncias romanas, de Roma; ou dos particulares, como se estabelecera desde o antigo direito romano. A cisão entre a propriedade do solo e a mina poderia ser no plano só publicístico. O Estado somente permite e fiscaliza. A livre pesquisa poderia ser sem depender de permissão prévia estatal, ou mediante ela. Ora, a livre pesquisa, sem permissão prévia, em terras devolutas ou do Estado, seria praticável; a livre pesquisa sem permissão prévia, em terras particulares, geraria conflitos sem conta, porque estabeleceria o acesso às terras alheias e a escavação sem medida e ao arbítrio do pesquisador. Para bem se ver como se dividiam as opiniões entre as Ordenações Filipinas e a legislação anterior à Constituição de 1891, basta que citemos alguns dos escritores do século XIX: Teixeira de Freitas *(Consolidação,* art. 52, § 2ª) somente considerou do domínio nacional as

"minas e terrenos diamantinos", construindo o direito do Estado como direito real sobre o interior do solo (nota 20), à semelhança do direito de superfície, que alguns sistemas jurídicos conhecem (o direito brasileiro daquele tempo conhecia o direito real sobre o pau-brasil). O consolidador invocava as Ordenações Filipinas, Livro II, Titulo 26, § 16, Título 28, *pr.,* e Titulo 34, § 10, o Alvará de 24 de dezembro de 1732, art. 9º a Lei nº 374, de 24 de setembro de 1845, art. 9º e a Lei de 18 de setembro de 1850, art. 16, § 4º No art. 903, Teixeira de Freitas interpretava o Decreto de 27 de janeiro de 1829, como eliminatório da limitação do direito de proprietário a explorar a mina de sua propriedade. Mas, em verdade, ~que dissera o Decreto de 27

de janeiro de 1829, em que se apoiou? Que os proprietários tinham direito de pesquisa em suas terras e de mineração, ficando sujeitos à legislição do Império. Tratava-se de decreto, e não de lei. Disse P. G.

T. Veiga Cabral *(Direito Administrativo Brasileiro,* 389), citando a Lei de 24 de dezembro de 1734, a Resolução de 25 de outubro de 1932, o Decreto de 31 de maio de 1833, a Resolução de 24 de setembro de 1845, o Decreto nº 665, de 6 de setembro de 1852, e as Ordenações Filipinas, Livro II, Título 26, § 16, que as minas de diamantes, de ouro, de prata e de outros minerais, ou produtos químicos naturais, *pertenciam* ao Estado: não podiam ser exploradas sem permissão do Governo. Lafalete Rodrigues Pereira *(Direito das Coisas,* 1, 78 s.) incluía no domínio do terreno a "riqueza material" (pedreiras; minas de sais, de metais, de carvão de pedra e quaisquer outros produtos materiais, exceto as minas de diamantes, que seriam as únicas minas

propriedade do Estado). Dai concluir que “as concessões de privilégios que o Governo Imperial está no hábito de fazer a nacionais e estrangeiros, para explorarem minas de ouro, prata, carvão de pedra, existentes em terrenos particulares, são verdadeiros atentados contra o direito de propriedade”. A legislação, que ele citava, era apenas:

o Decreto de 29 de janeiro de 1829, o Decreto de 18 de dezembro de 1851, a Lei de 28 de outubro de 1848, art. 33. A verdadeira interpretação era a que atribuia a propriedade das minas ao Estado, a despeito do art.

179, § 22, da Constituição de 1824, que garantia “o direito de propriedade em toda a sua plenitude”. Nesse sentido, foi o Parecer do Conselho de Estado, a 19 de agosto de 1866, seguido de Resolução Imperial de 13

de outubro de 1866 e da Lei nº 1.507, de 26 de setembro de 1867. No Congresso Constituinte de 1891, a emenda de José Higino e outros introduziu no texto da Constituição a 2º alínea do art. 72, § 17: “As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria”. *Volvia-se, assim, à concepção da mina como parte integrante,* porém não se poderia dizer que a Constituição houvesse decidido sobre o ser parte integrante *essencial* ou parte integrante *não-essencial.* Esse problema, mal posto pelos juristas, os atormentava; e um deles ainda sustentava que a limitação poderia consistir em continuarem do Estado as minas, o que, diante do art. 72, §

17, alínea 22, era absurdo. Lacerda de Almeida *(Direito das Coisas,* 1, 95) deu a devida resposta a Dídimo da Veiga, que pretendera haver dúvida sobre o titular do direito de propriedade quanto às minas diante do art.

72, § 17, da Constituição de 1891. Restava *construir,* juridicamente, a categoria jurídica que o art. 72, § 17, alínea 22, implicava. A categoria da acessão era imprópria, porque a mina não é *res* ou parte de outra *res* que aceda ao solo. Somente poderia ser, segundo a concepção romana e a concepção da Constituição de 1891, parte integrante. O seu conteúdo estava sujeito a limitações, como, a despeito da “garantia em toda a sua plenitude”, o próprio conteúdo do direito de propriedade. A categoria da mina era a categoria romana em sistema de direito cuja concepção da propriedade já havia saído, embora sem as explicitudes de 1934, de 1937 e de 1946, dos moldes absolutistas romanos. A doutrina, que não se preocupou com o problema, pelo

vicio, que então se desenvolvia, de discutir problemas de outros sistemas jurídicos, ia da construção do direito à mina como *acessão* (Lacerda de Almeida, *Direito das Coisas,* 1, 95, meio vacilante), erro evidente, até a da propriedade distinta, de natureza *sui generis,* como sugeria Pandiá Calógeras *(As Minas do Brasil,* III, 16-57). Na verdade, a Constituição de 1891 deixava em aberto a questão da essencialidade ou não-essencialidade da parte integrante, mas somente a concepção da mina como parte integrante poderia caber no texto. A hipoteca da mina em separado, categoria que nos vinha da Instrução de 1ª de setembro de 1836, art.

7º, estabelecia a *incidência de direito real* sobre parte integrante, não a permissão de direito de propriedade sobre a mina, por parte dos particulares. Não se criara a propriedadedistinta da propriedade do solo; e sim, tão-só, a hipotecabilidade como exceção ao princípio de não haver hipoteca de *parte do bem.* A Lei nº 4.265, de 15 de janeiro de 1921, art. 5º, veio *desessencializar* como *parte integrante* do solo a mina. Passava essa a ser parte integrante não-essencial. Foi essa a situação que a Constituição de 1934 encontrou. Ao estatuir que o aproveitamento das quedas de água já utilizadas industrialmente na data da sua promulgação não dependia de concessão ou de autorização, como também a "exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa", de modo nenhum se referia à propriedade: referia-se à atividade *iniciante* e *fiscalizadora* do Estado, ao princípio da autorização ou concessão da mina. Esse princípio *limita* o conteúdo do direito de propriedade. A Constituição de 1934 afastou, quanto às minas em lavra a 16 de julho de 1934, essa limitação. A ação que teriam os exploradores de tais minas, necessariamente em terras suas, porque o art.

118 da Constituição mantinha o principio vitorioso em 1891, seria *declaratária.* Exigir pedidos de autorização aos proprietários que as exploravam seria contra a Constituição de 1934, art. 119, § 6ª. Nas terras em que alguma exploração havia a 16 de setembro de 1934 permissão de pesquisa poderia haver, sem, contudo, ferir os direitos do proprietário que já a explorava. Aqui mais uma vez é relevante a diferença entre *propriedade,* direito de *pesquisa* e *autorização* para explorar. Os donos de minas em exploração a 16 de setembro de 1934 não precisariam de permissão para pesquisar porque já haviam descoberto, ex *hypothesi,* já exploravam e já eram proprietários.

5. *Princípio da livre pesquisa.* O principio da livre pesquisa é limitação ao conteúdo do direito de propriedade. Dela promana a *pretensão à*

permissão (autorização ou concessão da pesquisa), que se não confunde~ som a *pretensão à autorização* ou *concessão da mina.* E interessante observar que a fusão dos três princípios (propriedade; estatalização da permissão da pesquisa, em vez da permissão costumeira, à feição ro.nana; e autorização ou concessão da mina) levou à criação do direito de preferência do proprietário do solo para pesquisar e para explorar — como, na brecha que a *regalia* do direito às minas fizera na propriedade dos terrenos, se avançou para a cisão do direito de propriedade em direito de propriedade do solo e direito de propriedade da mina —. e, posteriormente, à criação do direito de participação nos resultados da lavra (Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, art. 168, § 2ª Constituição de 1988, art.

176, § 2ª Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, arts. 11, *b),* §§ 1ª-3ª, e 12). Em termos de categorias jurídicas, o direito realengo às minas, limitando o conteúdo do direito de propriedade, tirara às minas o caráter de partes integrantes essenciais do fundo, como o direito romano fixara, e *publicizara* o direito às minas. A pressão do individuo contra o regalismo levou essa tendência à limitação a transformar-se em direito do Estado à permissão e à fiscalização, em desessencialização da parte integrante, fazendo-a suscetível de ser objeto de outro direito real.

Há limitações ao conteúdo do direito de propriedade que produzem direitos de vizinhança e limitações que os não suscitam, tais como as limitações trazidas pelas regras sobre desapropriação pelo Estado, e pelas regras que conferem ao Estado o permitir, ou não , certa exploração. Os arts. 174, § 4º 176, § 1ª-4ª, e 177, 1, entre outros, da Constituição de 1988 criam limites dessa natureza ou permitem à lei criá-los. Os direitos do Estado que se baseiam no art. 176, § 1ª, são o *anverso* de limitação ao conteúdo do direito de propriedade; e não direitos reais, ou de propriedade estatal. O Código de Minas, de 1934, dera o prazo de um ano aos proprietários de jazidas conhecidas para o *manifesto,* conforme o art. 10. O Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940, já veio no regime da Constituição de 1937 e encontrara expirado o prazo que a Lei nº 94, de 10 de setembro de 1935, prorrogara. A Constituição de 1937, art. 143, manteve a concepção de 1921, tal como recebera a Constituição de 1934, frisando, porém, depender, sempre, de autorização, exceto as que se achassem em exploração, industrialmente, a 10 de novembro de 1937. A Constituição de 1988, art. 176, prosseguiu no conceber a propriedade das jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais, bem como dos potenciais de energia hidráulica, como distinta. A jazida é parte integrante não-essencial; descoberta e explorada, de acordo com o

Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, arts. 36-58), separa-se, faz-se à parte, *distinta.* Essa distinção é feita pelos meios jurídicos, um dos quais é o do registro que a lei adote (juridicização da distinção, à semelhança da juridicização do loteamento ou da comunhão *pro diviso* dos apartamentos). Porém, sob a Constituição de 1946, o art. 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veio retomar a data de 16 de julho de 1934 para edictar a regra sobre as minas em lavra àquela época: "Não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas de água já utilizadas industrialmente a 16 de julho de 1934, e, nestes mesmos termos, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa; mas tais aproveitamentos e explo rações ficam sujeitos às normas de regulamentação e revisão de contratos, na forma da lei," A Constituição não se referiu a qualquer outro pressuposto necessário que a existência de mina e ter estado em exploração a 16 de julho de 1934. Por outro lado, sujeitou esses casos à regulamentação — *a partir de 18 de setembro de 1946* — e à revisão de contratos, na forma da lei. Era preciso que se fizesse a lei para esses casos, regidos pelo art. 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. É evidente que a legislação futura não podia exigir *autorização* para a exploração, porque, se o fizesse, elidiria a norma constitucional. A exigência de manifesto ou qualquer outra tinha de vir em lei. Nos *Comentários à Constituição de* 1946 (IV, 255) escrevemos: "As quedas de água já utilizadas industrialmente a 16 de julho de 1934 não mais dependem de concessão ou autorização, bem assim as minas em lavra, ainda que temporariamente suspenso o aproveitamento ou a exploração. Isso não os exclui de serem sujeitos a normas de regulamentação que sobrevenham e de revisão de contratos, quando a lei a ordenar ou permitir. Não é preciso que a lei aluda especialmente a essas águas ou a essas minas." A Assembléia Nacional Constituinte de 1946 conhecia o problema e todos os argumentos *de iure condendo.* Satisfez-se com a solução que deu. *De iure condito,* não se referiu às minas em lavra *que foram rnanifestadas,* porém simplesmente às minas em lavra. Tampouco, podendo escolher, nessa *rechercl-ze du temps perdu,* a data de 10 de novembro de 1937, abstraiu da Constituição de 1937 e foi retomar o 16 de julho de 1934. As minas em lavra a 16 de julho de 1934 somente podiam ser sujeitas a exigências novas, não se tendo, sequer, a situação criada, àquele tempo, pelo Código de Minas, datado de 10 de julho. Entre elas estava a de registro (transcrição, inscrição, ou o que quer que seja). A Assembléia Nacional Constituinte de 1988 não se manteve incólume, e no art. 176 — pertinente às jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica — inseriu a regra jurídica segundo a qual o aproveitamento do potencial de

energia renovável de capacidade reduzida independe de autorização ou concessão da União (§

4ª).

§ 142. Coisas principais e coisas secundárias

1. *O art. 58.* O Código Civil, art. 58, fala de principalidade (1ª parte: "Principal é a coisa que existe sobre si, abstrata ou concretamente") e de acessoriedade (2ª parte: "Acessória, aquela cuja existência supóe a da principal.") O primeiro reparo a fazer-se é quanto a esses dois conceitos: principal e acessório. O que se opõe a principal é mais (as pertenças não são acessórios) e menos (se se inclui em „acessórios" o que se menciona no art. 61, III, tais bens deixam de ser independentes, para se tornarem partes integrantes, e não há pensar-se em principalidade). Em verdade, o

que há são *coisas principais* e *coisas secundárias,* abrangendo essas as pertenças e "acessórios" não-pertinenciais. Por outro lado, a palavra accessio tinha conteúdo múltiplo, sentido técnico e sentidos atécnicos, entre os juristas romanos. Os sentidos atécnicos, a julgar-se pela profusão dos textos, compunham o sentido lato, o de objeto de negócio que teria de ter a mesma sorte do objeto de outro negócio jurídico, ou de objeto que deveria ser tido como objeto de negócio jurídico, que dele não falou, pela com-sorte. Por vezes, há referência, explicita ou implícita, à vontade presumida de quem negocia (cf. H. Góppert, *Uber die organischen Erzeugnisse,* 73 s.). Desse sentido lato, alusivo à interpretação da vontade, foi que se tirou o conceito amplíssimo de *acessório,* de que lançou mão Teixeira de Freitas *(Esboço,* arts. 368-380), em três páginas que maculam a sua obra. Basta dizer-se que acessórios seriam os frutos e as coisas "que estão ou estiveram, natural ou artificialmente aderentes ao solo", ou "as coisas *aderentes* ao solo, por ele produzidas", "as coisas aderentes ao solo, não por ele produzidas", as coisas adjuntas, a especificação, em relação a uma das matérias, ou a coisa confusa. O Código Civil (arts. 58-64) atenuou o pensamento de Teixeira de Freitas; mas a verdade é que se introduziu em lei sentido não-técnico, imprestável por vago e compreensivo de fatos jurídicos e acontecimentos do mundo fático extremamente dispares. Já B. Windscheid *(Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 710; nas ed. anteriores, § 143, *in fine)* clamava ser juridicamente inutilizável, por sua indeterminação, o conceito de acessório (Nebensache, acessão): "Der Begriff ist wegen seiner Unbestimmtheit

juristisch unbrauchbar". Metiam-se na mesma categoria pertenças, frutos, *partus ancillae,* o tesouro, a *alluuio,* a *avulsio,* o *alveus derelictus,* a *insula in flumine nata.* Ora, exatamente a classe mais típica, a das pertenças, não acessora, não é acessório, é ajudante; donde ter dito J.

Kohler (Zur Lehre von den Pertinenzen, *Jahrbúcher fUr die Dogmatik,* 26, 42): "Pertenças não são coisas acessórias, mas coisas ajudantes" (Pertinenzen sind keine Nebensachen, sondem Hilfssachen). O que dá a ilusão da acessoriedade é a com-sorte, cujo princípio *também* se invoca a respeito dos frutos e outros bens.

2. *Interpretação dos arts. 58 e 64.* Para serem úteis, os arts. 58 e 64 têm de ser interpretados como expressivos de diferentes classes de bens em relação de uns com os outros. Por método, tem-se de começar pelo art. 58, que diz: "Principal é a coisa que existe sobre si, abstrata e concretamente. Acessória, aquela cuja existência supõe a da principal". As Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 109, trataram do mútuo; as Ordenações Manuelinas não as copiaram; as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 43, discorreram (é o termo) sobre o contrato de comodato e, no § 2ª, ao falarem da responsabilidade do comodatário, estatuíram:

"E não somente se lhe imputará o dolo e a culpa grande, mas ainda qualquer culpa leve e levíssima, assim pela coisa principal como pelo acessório. E portanto, se um emprestasse uma égua a outro, a qual consigo levasse um poldro, a mesma obrigação terá na guarda do poldro que na da égua ". As crias dos animais são frutos, e não pertenças; são frutos, porque são produtos resultantes do destino econômico dos animais. A expressão "acessório" foi posta, contudo, de propósito, para maior abrangência. No Reg. nº 737, de 25 de novembro de 1850, art. 537, corrigiu-se isso: "Na avaliação da propriedade se devem compreender as suas pertenças e partes integrantes". No Decreto nº 370, de 2 de maio de 1890, art. 137, § 1ª, disse-se que "a hipoteca abrange o imóvel com todas as pertenças e servidões ativas". Por isso, Carlos de Carvalho *(Nova Consolidação,* art. 182), fundiu os conceitos:

"Os bens são principais ou acessórios. Estes compreendem as pertenças e o são natural ou industrialmente".

Porém teve de acrescentar: "Consideram-se acessórios: *a)* as servidões ativas com os imóveis; *b)* os frutos; *c)* as acessões naturais e civis; *d)* as benfeitorias". A isso obrigaram-no os arts. 137, §§ 2ª-6ª, e 138 do

Decreto nº 370. Seja como for, os dois conceitos, o de *pertença* e o de *acessório* eram distintos, sendo esse, no-Decreto & 370, não abrangente daquele (o que faz lembrar a J. lKohler, Zur Lehre von den Pertinenzen, *Jherings Jahrbúcher,* 26, 42: as pertenças não são acessórios, são coisas ajudantes), pois separou "o imóvel com todas as suas pertenças e servidões", "os acessórios hipotecados com o mesmo imóvel" e as

"benfeitorias". Mais ainda, excluiu dos acessórios as "acessões". No Código Civil, art. 811, 1ª alínea, foi dito: "A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel". Essa regra jurídica, *dispositiva,* tem de ser lida como se dissesse: "A hipoteca abrange, além de quaisquer partes integrantes *(ius cogens),* as pertenças, se são da propriedade do dono do imóvel (incluídos os frutos necessários à próxima cultura, porque são pertenças), ou que o vieram a ser, e as construções".

No Código Civil argentino, art. 2.361 definiram-se coisas principais, — "las que puedem existir para si mismas e por si mismas". No art. 2.362, as acessórias, — "aquelías cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de la cual dependen, ó á la cual están adheridas". Essa confusão entre existência e *função,* de que foi vítima C. Demolombe *(Cours de Code Napoleón,* IX, 2ª cd., 29; não assim Teixeira de Freitas, *Esboço,* art. 368) se refletiu no Código Civil argentino e no brasileiro. As duas definições são imprestáveis. *Coisa principal é aquela em relação à qual outra coisa é destinada a lhe servir* ao *fim econômico, ou social, ou cuja sorte as regras jurídicas atribuem influir na sorte de outra.* Tal definição apanha a coisa principal em relação à pertença e a coisa principal que está em relação de principalidade com outra que não é pertença. Definição adequada. portanto, ao sistema dos Códigos Civis argentino e brasileiro.

3. *Pertença.* No que não se referem à pertença, as regras jurídicas dos arts. 59-64 somente podem ocorrer se há o uso do tráfico, ou o emprego de *verba universalia.* Não é preciso haver dúvida, se se fala de acessório, ou se se emprega termo universal, porque seria simples subsumpção; se há dúvida, a regra jurídica funciona como interpretativa. De modo que o art. 59 somente concerne às *pertenças,* aos *frutos, produtos* e *rendimentos* (arts. 60 e 61, 1) e, superfluamente, às benfeitorias (arts. 62-64).

§ 143. Pertenças

1. *Conceito* de *pertença.* Os sistemas jurídicos, ao se referirem às coisas, têm de empregar termos que correspondam aos conceitos de *partes integrantes* (= o que compõe a coisa), de *pertenças,* de *frutos,* de *produtos* e de outras coisas em relação com outra. Pertença não é parte integrante, nem essencial, nem não-essencial (5. Umrath, *Der Begriff des wesentlzchen Bestandtes,* 74 s.). O fim econômico da coisa prende a ela a pertença. A pertença é coisa ajudante, ainda que não seja propriedade do dono do prédio; pode a coisa, estante noutra coisa, pertencer ao mesmo dono, sem ser pertença da coisa. O que não é parte integrante da coisa, mas se destina a servir ao fim, econômico ou técnico, de outra coisa, inserindo-se em relação especifica, que corresponda a esse serviço (relação de pertinencialidade), — salvo se a transitoriedade do serviço, ou o uso do tráfico pré-exclui, ou exclui, a relação específica, — chama-se *pertença.* Não há perten-

ças de direitos, só as há de coisas; porque a relação de pertinencialidade é pré-jurídica, econômica ou técnica, regida pelo uso do tráfico: o direito apenas a encontra. A coisa, a que se liga a pertença, é dit a *coisa principal.* A outra chama-se *coisa anexada* (res annexa), *coisa pertencente,* ou, em sentido equívoco, porque há mais coisas acessórias do que pertenças, *coisa acessória.* A pertença não é parte integrante da coisa, nem essencial, nem não-essencial.

No direito alemão, § 97, *verbis* "bewegliche Sachen" (coisas móveis), só as coisas móveis podem ser pertenças. Não assim no direito brasileiro. Dir-se-á que, devido ao registro de imóveis, terra ou construção somente pode ser *a)* ou parte integrante de bem imóvel, ou *b)* bem imóvel independente. O registro é que importaria, não haveria possibilidade de pertença de imóvel a imóvel. A questão merece exame. No plano dos negócios jurídicos, que não é o plano das relações entre coisas, pode dar-se que as manifestações de vontade recaiam sobre coisas *per verba universa lia.* Aqui, em verdade, não se está a debuxar classificação de coisas, está-se a referir algumas coisas, que cabem num só nome. Há, então, regra jurídica interpretativa, não escrita, que diz: "Omnia, quae in regula sub universitate et generalitate verborum possunt includi, censeantur absolute et generaliter compreensa", ou "Si fiat concessio per verba universalia, illa etiam censentur concessa, in quibus specialis mentio erat facienda, ac si esse expresse concessa Essa regra jurídica, aplicada no direito luso-brasileiro (Manuel Álvares Pêgas, *Resolutiones Forenses,* 1, 431 s.), e implícita no sistema jurídico do Código Civil, é a que corresponde às

regras jurídicas alemãs, interpretativas. A regra jurídica do art. 59 é dispositiva; no tocante a bens imóveis, tem de ser lida como se dissesse: "Se do registro de imóveis constam as pertenças, elas, os frutos, produtos e rendimentos e benfeitorias estão compreendidos na sorte do imóvel; para que escapem à mesma sorte, é preciso que sejam excluidos". A legislação imobiliária brasileira permite que se ligue, pertinencialmente, um imóvel a outro: o campo de tênis, separado, espacialmente, do hotel; o pavilhão de doentes, no topo do morro, "pertencente" ao imóvel do hospital. Para isso, é preciso que se averbe no registro de imóvel principal e conste do registro do imóvel-pertença (cf. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 246, *verbis* "outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro"). O verdadeiro obstáculo à concepção dos imóveis-pertenças, no direito alemão, não foi o direito registrário; e sim a letra da lei (§ 97).

2. *Distinções necessárias.* A pertença não é parte integrante, porque a *pars* não pode ser à parte e *pertinere:* pertencer foi, originariamente, estender-se até, lançar-se para, como os rios que escorrem para o mar *(ad rnare pertinebant).* Os romanistas dividem-se quanto a terem tido, ou não, os juristas romanos o conceito preciso de pertença. Pela afirmativa, 6. L. Funke *(Die Lebre von den Pertinenzen,* 2 s. e 47), J. 6. Kierulff *(Theorie des gemeinen Civilrechts,* 330), E L. v. Keller *(Pandekten,* 1, 111 e E.

1. Bekker *(System,* 1,

310), C. 6. v. Wächter *(Pandekten,* 1, 298), F. Regelsberger *(Pandekten,* 1, 387), H. Richter *(Begriff und rechtliche Bedeutung des Zubehõrs,* is.), B. Brugi *(Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani,* 390) e outros. As pertenças seriam distintas das partes integrantes, mas estariam sob o mesmo nome de *pars.*

Alguns incluíam no conceito as acessões (naturais): aluvião, avulsão, frutos pendentes, árvores plantadas e outros bens; excluindo os frutos e as despesas (e.g. A. A. von Buchholtz, *Versuche,* 66); outros adotavam conceitos ainda mais largos ou mais estreitos. Mostrou J. Kohler (Zur Lebre von den Pertinenzen, *Jahrbücher fúr die Dogrnatik,* 26, 23 e 30) que o direito romano não havia precisado o conceito de pertença, nem o de parte integrante, porque poucas eram, na sua civilização, as pertenças (sobre isso H. Góppert, *Uber die organischen Erzeugnisse,* 70). Negou Paul Sokolowski *(Die Philosophie* im *Privatrecht,* 1, 337 s.) que se conhecesse no direito romano a categoria das pertenças, ao lado das partes integrantes, e que se incluíssem no

conceito de *pars.* Havia coisas que se destinavam ao serviço de outras. *Prop ter aedes habetur* diz-se a respeito de qualquer coisa que conceptualmente se liga à casa; e a expressão *quasi pars rei* era usada analogicamente. Também P. Bonfante, na tradução italiana das *Pandectas* de B. Windscheid (V, 232-233), sustentou ignorar o direito romano a distinção entre partes integrantes e as acessórias, ou entre partes integrantes e pertenças: para ele, o que importava era a coisa em sua *consummatio* e em sua *perjectio,* de modo que *pars* é tudo que é essencial a isso; quando Labeão definiu *pars* (L. 17, § 7, D., *de actionibus empti venditi,* 19, 1: "ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse edificii), o uso perpétuo, a que se referia, era o usar-se a coisa, e não o ser usada pela pessoa (P. Bonfante, *Corso,* II, 1, 135); se o que se retira àcoisa a diminui em sua integridade, parte é; o que só se destina ao serviço da coisa não é *pars.* O problema resume-se em se saber se o que hoje consideramos pertença era *pars,* ou não no era; portanto, se *pars* era apenas a parte integrante, ou se compreendia a parte integrante e o que servia à coisa. Na L. 245, pr, D., de *verborum significatione,* 50, 16, disse Pompônio: "Estátuas fixadas em pedestais de construção, ou tábuas ligadas com cadeias, ou fixadas na parede, ou se, semelhantemente, há candelabros aderidos, não são casa; porque se põem para ornamento da casa (causa parantur), não para perfazer a casa (aedes perficiantur). E Ulpiano (L. 139, § 1) explicou: "Considera-se que perfez (= acabou) o edificio quem de tal modo o terminou que já possa ser usado". Não há dúvida que há categoria de coisas que ornam; nao entram na *perfectio* da casa. Resta saber se essa categoria se subsume na de *pars.* Labeão (L. 17,

§ 7, D., *de actionibus empti uenditi,* 19, 1) acentuou o *usus perpetuus:*

.de regra *(generaliter),* as (coisas) que estão nos edifícios para uso perpétuo (perpetui usus causa), são do edifício; as que estão para o presente, não são do edifício: não são do edifício, por exemplo, os canos postos, em verdade, para algum tempo (fistulae temporis quidem positae), mas, se foram postos para sempre, são da casa". Se damos a uso o sentido de uso pela pessoa, que os pôs, temos um sentido; se damos o sentido de ser usada, abstraindo dos sujeitos, a casa, temos outro que é o de P. Bonfante.

Na L. 38, § 2, D., *de actionibus empti venditi ,* 19, 1, Celso não disse que, segundo Próculo, os canos, postos dentro da terra, se haveriam de ter como parte, pois a 3ª parte da L. 38, § 2ª,é interpolação; o que é dele está antes (sem se precisar da correção que propõe Stella Maranca, *Intorno ai fram menti di Celso,* 59): "an ut ruta caesa vincta

fixaque quae aedium non essent" traduz-se "se como as coisas ligadas e fixadas, que se arrancaram e cortaram, e que não são da casa". Na L. 49, D., *de contrahenda emptione,* 18, 1, os canos são *quasi pars.*

A discussão em torno do conceito romano de *perpetuus usus* é sem alcance: os juristas romanos não souberam traçar as linhas claras entre a parte integrante e a pertença, posto que, categorias do mundo fático, existissem *pars* e "pertenças"; nem a pesquisa pelos objetos de que se trata levaria a bom termo, pois os textos mostram que se atendia a variações da função economica , inclusive quanto à essencialidade, ou não, do *usus perpetuus.*

Foi no século XIX que se precisou o conceito de pertença. Viu-se bem que a só vontade não pode determinar a pertinencialidade. Excluiu-se do conceito (matéria então controversa) o que seria efeito de vontade dos interessados, sem a ligação fática (depois de C. G. von Wchter, G. Beseler, E von Gerber e H. O. Gengler, J.

Unger, *System,* 1, 5ª ed., 447 s.**;** J. Krainz, .*System,* 1, 216; E. Regelsberger, *Pandekten,* 1, 389; J. Kohler, Zur Lehre den Pertinenzen, *Jherings Jahrbúcher,* 26, 41 s.) e assentou-se não haver pertença de direitos (J.

Unger, *System,* 1, 437, que também negava existirem direitos-pertenças, 454 e 576). Mais: a distinção entre partes essenciais e pertenças (E C. Gesterding, *Alte und neue Irrthúmer der Rechtsgelehrten,* 307, G. L.

Funke, *Die Lehre von den Pertinenzen,* 14 5.; J. O. Kierulff, *Theorie des gemeinen Civilrechts,* 336) e, finalmente, entre partes e pertenças (C. G. von Wáchter, *Pandekten,* 1, 297, texto e nota 1, e 298 s.; *Erõrterungen,* 1, 37 s.; *Handbuch,* 11, 243 s.**;** J. Unger, .*System,* 1, 472 s.**;** E. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª

ed., 708, ed. anteriores § 143; E Regelsberger, *Pandekten,* 1, 385 s.**;** principalmente J. Kohler, Zur Lehre von den Pertinenzen, *Jahrbúcher for die Dogmatik,* 26, p. 24, 30, 45 s., 67 s., 111 s.). Tanto Pedro Barbosa quanto Francisco de Caídas não tinham noção exata de pertença, por influência do direito romano; e ainda Manuel de Almeida e Sousa *(Tratado* prático *de Morgados,* 318 s.).

a)

A pertença, móvel ou imóvel, mantém a sua independência individual como coisa, posto que *ajude* à coisa principal, entrando de algum modo no lugar que essa ocupa no espaço geográfico-econômico. Na formação da relação de pertinencialidade, o ato humano é ato-fato jurídico; não há criação dela pela vontade.

Por outro lado, esse laço entra em suportes fáticos tão-só. Mais: o fim, a que serve a coisa principal, que a pertença ajuda, não é aquele com o qual foi concebida, e sim o a que ela serve (o órgão é pertença do edifício de hotel utilizado como igreja e hospital). Se o serviço é pessoal a alguém, não há relação de pertinencialidade: o piano não é pertença do imóvel, residência do pianista, posto que seja ele dono de ambos; mas é pertença do edifício construído para conservatório e utilizado como tal. Nem da igreja, que se transformou, temporariamente, em pouso de tropas, deixa de ser pertença o órgão. Também é possível que seja pertença o bem que se ache nas partes comuns do edifício de apartamentos e só sirva a um desses (O.

Warneyer, *Kommeritar,* 1, 137).

b) A concepção da pertinencialidade do bem imóvel, que se manteve sob o Código Civil, foi repelida pelo Código Civil alemão, § 97, e pelo suíço, art. 645; mas o direito comum e o luso-brasileiro a conservavam (para o direito romano e comum, cf. Ch. Fr. Glúck, *AusfOhrliche Erlàuterung der Pandekten,* 1, 524 **5.;** E.

Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 710; E Regelsberger, *Pandekten,* 1, 391; C. Ferrini, *Pandette,* 292; E. Brugi, Le *dottrine giuridiche degli agrimensori romani,* 319; sem razão, H. Gôppert, *Uber die organischen Erzeugnisse,* 65; para o direito luso-brasileiro, Manuel Álvares Pêgas, *Resolutiones Forenses,* 1, 431 s.). O

argumento de ser difícil determinar-se a pertinencialidade do imóvel *(Motive,* III, 64) é fragílimo; o outro, de serem incompossíveis a pertença-imóvel e o registro imobiliário (que ainda L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-

34ª ed., 305 s., repetiu, conservando-o Hans CarI Nipperdey, na 3ª ed., § 119, 1, 2), foi desmentido pelo direito prussiano e pelo direito bávaro: nenhum obstáculo há àdeclaração de pertinencialidade *(Pertinenzerklãrung),* tal como se adotou no direito bávaro; ou à averbação que a contenha, de acordo com o direito brasileiro. Tampouco, colhe o argumento de que deve haver relação espacial, e essa ou unifica os dois imóveis, ou os separa: a contignidade não

unifica, se há individualização (elemento necessário da relação de pertinencialidade), e a distância, se outro elemento junta (espaço em sentido amplo), opera como a respeito de imóveis distanciados geograficamente. Ou o outro, o de serem, de ordinário, casos de utilização de partes integrantes do imóvel (fontes, jardins, rios etc., cf. H. Richter, *Begriff und rechtliche Bedeutung des Zubehôrs,* 23), o que mais serviria à categoria jurídica da servidão predial: a pertinencialidade, supondo, como supõe, *usus rei,* não recai sobre parte, ainda que só uma parte do imóvel-pertença seja de fato atingida; o alcance da utilização das *coutadas,* dos *pastos* de engorda e semelhantes justifica, de si só, que se estabeleça a pertença, que tem outra significação que a servidão *peco ris pascen di, silvae caedendae,* ou outra. Tanto mais quanto o Código Civil, art. 710, 1, pareceu a alguns hostil a servidão entre prédios do mesmo dono, e outros sistemas jurídicos abertamente o são. Tentaram Riccobono (Vaticana Fragmenta, 701, *Studi in onore di* Biagio Brugi, 191) e P. Bonfante *(Corso di Diritto romano,* li, 1, 149, nota 2) mostrar que o direito romano não conhecia o imóvel-pertença. A despeito da obscuridade em que, a respeito de parte e pertença (conceitos a que ainda não haviam chegado, pelo menos com precisão, mas conceitos correspondentes a realidades da vida, a elementos fáticos), permaneceram os juristas romanos, a palavra *additamentum,* aludindo-se a jardim que tornaria mais agradável e salubre a casa (ut amoeniorem domum ac salubriorem) mostra que se evitou (L. 91, § 5, D., *de legatis et fideicommissis,* 32) falar de integração, tanto mais quanto, no resto do fragmento (§ 6), também de Papiniano, se fala de caso de união *(portio)* e na L. 20,

§ 1, D., *si seruitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur,* 8, 5, Cévola diz: "Muitos de um município, que possuíam diversos prédios, compraram bosque comum, para ter o direito comum de apascentar, e foi observado o mesmo por seus sucessores: mas alguns dos que tinham esse direito venderam os seus prédios.

Pergunto: se os vendedores foram assentintes em alienálo também *(ut et hoc),* jna venda seguiu também aos prédios aquele direito? Responde-se ter-se de observar o que se houver convencionado entre os contraentes; (porém se não foi manifestada a vontade dos contraentes, também se transmite esse direito aos compradores)". A interpolação, que pusemos entre parênteses, foi para se evitar que se esquecesse a regra jurídica dispositiva, aliás aplicada no resto da L. 20, § 1: "Também pergunto se, havendo-se transmitido a alguém, em legado, parte daqueles fundos próprios, consigo trouxe alguma parte do direito de compáscuo.

Responde-se, considerando-se *(videretur)* que igualmente esse direito era do fundo, que se legou, (que) ao legatário igualmente há de passar **.** Ainda que o direito romano não tivesse tido a pertinencialidade do imóvel, o que nos importa é o direito que se colheu dele, tal como o recebemos. Para que se excluisse o imóvel como pertença, seria preciso que houvesse razão *a priori* para isso, ou resultasse do sistema jurídico, e foi com tal propósito que se redigiram o § 97 do Código Civil alemão e o art. 645 do Código Civil suíço.

3. O *Direito anterior* e *o Código Civil.* No direito anterior ao Código Civil, encontrava-se a Ordenação do Livro IV, Título 43, § 9, que previa terem passado a particulares terras em que estavam "pastos, criações e logramentos" comuns (podendo a autoridade pública destiná-los a sesmaria para a lavoura, "quando for conhecido que é mais proveito") e o acórdão do Desembargo do Paço, que se lê em Manuel Álvares Pêgas (Resolutiones *Forenses,* V, 109), atesta (24 de maio de 1667) que se mantinha o direito a lenha, paus, ramos, vergasto, tojo, e o necessário para fogo, sebes, tapumes, estrumes, esterco e "o mais necessário para boa e cômoda habitação", tirado da "mata defesa" (= mata cercada). No voto do juiz Portugal (nada menos que Domingos Antunes Portugal, que tomara posse de desembargador da Casa da Suplicação, em 1661, e dos Agravos, em 1664), enuncia-se claramente: "**.. .** ipsi sylvam casalium esse *pertinentiam* asserunt, Actor vero ad suam vilíam pertinere contendit, et de pertinentiis villae esse dicit; totum in facto consistit, et est extra dubium alleganti aliquid esse de pertinentiis incumbere onus probandi". Os dois outros juizes, Da Cruz Freire e Lampreia, frisaram que então se discutia se a mata defesa era "pertinentia villae" (pertença da vila), como o autor sustentava, ou "pertinentia casalium" (pertença dos bens dos enfiTeutas), como argúiam os réus. Aliás, a pertinencialidade resultava das leis (forais) que vedavam aforar sem ressalva das pertenças (cf.

Manuel Álvares Solano do Vale, *Alega çâo jurídica a favor da Vila de Barbacena,* 57) aos opidanos, ou aos outros enfiTeutas.

Além da pertença-imóvel e do compáscuo em terrenos baldios e públicos (art. 646, parágrafo único), o Código Civil brasileiro conhece o *compóscuo-seruidõo* (art. 646, 1ª parte) e o *compáscuo-condomínio* (art.

646, 2ª parte), o compáscuo-composse (art. 488) e o compáscuo

obrigacional. Temos, pois, seis espécies inconfundíveis.

c) A pertinencialidade entre direitos ou entre coisa corpórea e direitos foi admitida por alguns juristas; porém a alusão aos documentos não o prova, porque, aí, documentos poderiam ser coisa. Seria lamentável confusão considerarem-se pertenças os direitos reais a favor de algum imóvel (lei prussiana e austríaca; E. Huber, *Sys tem,* IV, 689; contra J. Unger, *Spstern,* 1, 475). São partes integrantes, conforme já se viu.

§ 144. Fonte da pertinencialídade

1. *Ato-fato jurídico.* A pertinencialidade nasce de ato-fato jurídico, que é o ato de submeter a coisa ao serviço de outra, ao *perpetuus usus.* Todavia, houve discussão a respeito. *a)* J. Kohler (Zur Lehre von den Pertinenzen, *Jahrbúcher for die Dogmatik,* 26, 74) sustentava que a pertinencialidade (Pertinenzirung) é ne-gócio jurídico, porque exige ato de determinação pelo dono (?) da coisa principal e a submissão da coisa-pertença, com o fato de tal serviço de uma coisa à outra; E Regelsberger *(Pandekten,* 1, 388) falava de ato jurídico volitivo, portanto negócio jurídico; E. Ferrara *(Trattato,* 1, 1, 781) era explícito. *b)* Contra essa classificação do ato, logo se pronunciaram O. Planck *(Komrnentar,* 1, Q ed., 207) e Otto von Gierke *(Deu tsches Privatrecht,* Ii, 74, nota 18). *c)* Terceira opinião seria a dos que prescindiriam de ato humano, portanto de negócio jurídico, de ato jurídico *stricto sensu* e de ato-fato jurídico: o fato natural, o elemento extra-humano, criaria, ou poderia criar a pertinencialidade (assim, em contradição com a afirmação de ser ato jurídico, G. Andreoli, *Le Pertinenze,* 217 s.). Argumenta-se com as regras jurídicas como a do art. 43, 1, (é bem imóvel "o solo, com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo"), para se dizer que os peixes, pássaros e animais bravios, que povoam o terreno, são do dono desse, ainda que ele não saiba existirem, nem haja praticado qualquer ato para isso. Logo ressalta a confusão entre acessão (imobilização) e pertinencialização, conceitos distintíssimos. A união de coisas móveis a terrenos ou leva a converter em parte integrante aquelas, essencial ou não-essencial, ou não altera as relações de propriedade. Os peixes, pássaros e outros animais bravios, são sem dono (art. 593, 1); se o proprietário do

terreno prende os peixes em lago, ou trecho de rio, que lhes vede a descida, ou em piscina, ou os cria com espécies adquiridas, ou engaiola, ou enviveira os pássaros, ou de outro modo cerca os animais, dono é ele, —deixaram de ser adéspotas tais animais. A imobilização sem ato humano é a proveniente da formação natural da ilha, da aluvião, da avulsão ou do florestamento ou gramado natural (acessão). Muito diferente é o que se passa com a pertinencialização, que implica ato-fato juridico. A pertínencialização é ato-fato jurídico, precisemos, e não negócio jurídico, nem ato jurídico *stricto sensu.*

Aliás, não se pode dizer que é ato jurídico *(lato sensu),* ou ato-fato jurídico, e admitir que o fato natural possa causá-la (e.g., O. Andreoli, Le *Pertinenze,* 217 e 162, contra 218 s.).

2. *Direito suíço.* No direito suíço, há a seguinte alínea 2ª do art. 644: "São pertenças" (na ed. alemã está *Zubebór;* na italiana, *acessori;* na francesa, *acessoires)* "os objetos móveis, que, segundo ... a vontade claramente manifestada do proprietário da coisa principal, são destinados, de maneira durável, à exploração, ao gozo ou à guarda (Verwahrung, conservazione) dessa, e que ele juntou, adaptou ou pôs para o serviço da coisa". Ai, ao parecer de alguns, a letra da lei deslocara para o plano negocial puro a destinação pertinencial.

Não seria possível tomar-se tal atitude, desgarrante da linha histórica, em direito alemão, ou brasileiro. A própria doutrina suíça tem advertido, ainda nos livros destinados à consulta popular (e.g., E. Curti-Forrer, *Commentaire,* trart. de Max-E. Porret, 503), que a expressão "d"aprês la volonté clairement manifestée du propriétraire" (nach dem klaren Willen, secondo manifesta intenzione) de modo nenhum estabelece a possibilidade de se criarem pertenças por contrato ou outro negócio jurídico:

"en effet la volonté du législaTer n"a d"importance qu"au point de vue des choses mobiliêres, pour lesquelles les conditions objectives de la pertinence sont présentes". Houve equívoco do legislador suíço e continua de havê-lo na doutrina. Não se prestou atenção ao seguinte: os próprios fatos jurídicos *stricto sensu,* os atos-fatos jurídicos, os atos jurídicos *stricto sensu,* por exemplo, respectiva-mente, a confusão (comistão, ou adjunção, arts. 615 e 617), o descobrimento de tesouro (ou a achada, ou a composição de obra científica, artística, ou literária, ou a aquisição da posse), a constituição de domicílio (ou o perdão, ou a notificação) podem *achar-se* em negócio jurídico; porém isso não quer dizer que o negócio jurídico seja pressuposto necessário

e suficiente. Quando se vai responder à pergunta (o fato jurídico A é negócio jurídico, ato jurídico *stricto sensu,* ato-fato jurídico, ou ato ilícito, ou fato jurídico *stricto sensu"?,* tem-se de classificar o fato jurídico A segundo os seus pressupostos necessários e suficientes. Se éimprescindível o *negotiurn* (manifestação de vontade negocial), trata-se de negócio jurídico; se não é imprescindível, posto que isso possa ocorrer, evidentemente não se trata de negócio juridíco. O *nach dem klaren WilIen* do Código Civil suíço, art. 622, 2ª alínea, é excrecência, que boa técnica jurídica legislativa tem de repelir.

3. *Poder de disposição e pertinencialidade.* O ato de pertínencialização independe do poder de dispor da coisa ainda a ser pertença, inclusive do poder de representação. Pratica-o o locatário da coisa a ser pertença, ou o usufrutuário, ou o usuário, ou o que tem outro direito sobre ela, o administrador dos bens conjugais, o gerente, o herdeiro, o simples possuidor, um dos condôminos etc. Apenas se exige que aquele que pertinencializa tenha o p *oder fático de dispor* das duas coisas. Não é preciso que seja dono da coisa principal, nem, sequer, que a possua como sua (G. Planck, *Kornmentar,* 1, 4ª ed., 207): basta que, podendo dispor, de fato, da coisa, possa ajudá-la, em sua finalidade econômica, ou social, com a coisa a ser pertença (excluida, pois, a finalidade pessoal ao possuidor ou ao dono), de modo permanente. Nem épreciso que seja dono da coisa a ser pertença (G. Planck. *Kommentar,* IV, 207; Th. Kipp, em B. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, Y

ed., 713); nem mesmo possuidor em nome próprio (Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht,* 1, § 105, nota 12).

§ 145. Relação de pertinencialídade

1. *Natureza da relação.* A relação de pertinencialidade é tal que a coisa-pertença existe independentemente, mas pertence à outra. Para que haja a relação, é preciso que uma coisa esteja a serviço da outra, segundo laço econômico, ou reconhecido pelo uso do tráfico. A relação não supõe que o dono das duas coisas seja o mesmo; o que se exige, de regra, é que se estabeleça por fato dos que têm poder de dispor, de fato, das duas.

As vêzes, a lei mesma estabelece a posição de estar a serviço, de que

resulta pertinencialidade: *a)* aos estabelecimentos industriais e comerciais (fábricas, tipografias, teatros, hotéis) "pertencem" as máquinas e utensílios, se ocorrem os outros pressupostos e se não são partes integrantes; *b)* dos estabelecimentos agrícolas são pertenças o gado, os utensílios, as sementes e mais produtos indispensáveis à exploração e à continuação do trabalho até a próxima colheita, as esterqueiras (porém não o adubo e outros produtos feitos fora, não necessários à continuação do trabalho até a próxima colheita). A relação de pertinencialidade somente se estabelece se a coisa economicamente se anexa a outra, ainda que espacialmente se distancie, por algum tempo (e.g., peças de reparação, ou de reposição, materiais de reserva, depositados em prédio alugado pela fábrica). Por isso mesmo, o algodão comprado para a fabricação de tecidos não é pertença, é coisa independente em sua função; nem a madeira é pertença da fábrica de móveis, posto que o seja o óleo para as máquinas, o carvão e a lenha para elas.

A relação espacial (não a ligação material) é elemento necessário à formação da relação de pertinencialidade; mas esse elemento é satisfeito se, tratando-se de empresa, ou outra coisa universal, o direito ao local em que se acha a coisa anexada liga espacialmente. De ordinário, a espacialidade é de exigir-se *(e.g.,* ter chegado à fazenda o gado). Os produtos, já a serem vendidos, de fábrica, ou fazenda, não são pertenças. E pertença o fogão de gás da casa; mas, se o dono o comprou para servir ao locatário e esse está a pagá-lo, não no é.

Quem aluga a casa com mobília, e lá ficam, sem ser a título precário, ou de aluguel à parte, ou incluso, os lustres, próprios à casa, pelo estilo, — destinou os lustres ao imóvel. A cobertura de mármore da chaminé, não pregada, é pertença; pregada, é parte integrante, bem assim se ocorre outra espécie do art. 43, III.

2. *Pressupostos da pertinencialidade. a)* A coisa principal há de existir. Não poderia haver relação entre um termo e nada. Assim, se já existem todos os objetos que podem compor a coisa, e ainda não se compôs, é impossível haver relação de pertinencialidade. Se há o terreno e todo o material necessário à construção, a pertinencialidade começa com o inicio da obra, isto é, com o se cavar o terreno para as fundações.

b) A coisa principal há de ser determinada individualmente (o tonel não pertence ao vinho; se foi vendido o vinho sem o tonel, venderam-

se duas coisas sem relação especial entre si). Não importa se há multiplicidade de coisas principais: o arado pode pertencer a dois sítios; a máquina de descaroçar algodão, a duas fazendas; o frigorífico, a duas estâncias. Os proprietários podem ser diferentes. Se se vende o sítio, a fazenda, ou a estância, constando do registro a relação de pertinencialidade, vai com ela a quota na pertença, salvo disposição em contrário. Se se trata de pertença-imóvel, não registrada, a referência *per verba universalia* tem de ser interpretada, na dúvida, como abrangente. Se a pertença é móvel, a regra jurídica do art. 59 *(ius dispositivum)* é que incide, ainda que se não haja empregado *verbum uniuersale.* A pertença que se liga a dois ou mais bens, ainda que de proprietários diferentes, submete-se às regras jurídicas acima referidas, quer à interpretativa (J. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 475; H. Wimpfheimer, lKann em Gegenstand Zubehár mehrerer Sachen sei, *Archiu* 1ª~ *Btírgerliches Recht,* 29, 84 s.), quer à dispositiva (art. 59), conforme o caso. A proporção das quotas é segundo o registro, ou, se o não há, segundo negócio jurídico entre as partes, se o não altera, de modo evidente, à medida em que é usada, pelos diferentes bens, a pertença, ou, se não os há, à medida em que por ele é usada.

3. *Fim da utilização. c)* É elemento necessário da relação de pertinencialidade a utilização para o fim da coisa principal. Se das circunstâncias se há de concluir que, desde o começo, se contava com a cessação da utilização, continuando o serviço, ou isso resulta da natureza do serviço, ou da coisa utilizada, pertinencialidade não há. Errou, por exemplo, o Reichsgerich alemão *(Entscheidungen,* 61, 188) quando não considerou pertenças as instalações de exploração de mina, porque algum dia se esgotariam os minerais. Ora, o serviço da mina continuou; a pertença pode deixar de o ser se a coisa principal acaba. Nas espécies, como a das coisas utilizadas pelo arrendatário, não há pertenças, porque teriam de o ser do direito de locação, e só há pertenças de coisas (não pelas razões do *Reichsgericht,* 109, 129, que L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª

ed., 302, nota 19, aceitou). E se as coisas utilizadas pelo locatário foram (ato-fato jurídico), em virtude do contrato de locação, ou de outro negócio jurídico, anexadas ao prédio, para o seu *perpetuus usus,* ou passaram a ser parte integrante, ou pertença, porque então se está no mundo fático das relações de coisas a coisas.

À separação ou não-utilização transitória, *e.g.,* para reparação, ou limpeza, ou exame, ainda que por muito tempo, a pertinencialidade

não se apaga. A consunção das pertenças e a integração na coisa principal não são utilização transitória; por isso, carvão, lenha, materiais de construção, entram na classe das pertenças.

Não há relação de pertinencialidade onde duas destinações concorrem, isto é, onde a destinação de uma coisa é a mesma de outra, sem que haja a ajuda, o serviço de uma à outra, que tem a sua destinação própria e uma delas se impõe à outra.

4. *Relação espacial.* A exigência da relação *espacial* como um dos elementos da relação de pertinencialidade tem de fugir à noção puramente tridimensional, geográfica, de espaço. Aliás, o prédio mesmo pode ser cortado por rio público sem perder a sua unidade, o que demonstra a relatividade da noção de espaço como contínuo em que se colocam as coisas. Se assim pode acontecer às partes integrantes, com mais forte razão pode acontecer às pertenças. Nem a conexão corporal é essencial, nem a necessidade da proximidade espacial é inelidível. Se é certo que o estar em caminho da fábrica ainda não é ser pertença a máquina, também o é que o chegar ao lugar em que se guardam, fora do prédio da fábrica, as peças de que se pode precisar, já constitui relação de pertinencialidade. Por outro lado, o estar dentro da fábrica a máquina para uso que ainda não se iniciou não basta para a tornar pertença *(Reichsgericht,* 89, 61).

5. *Uso do tráfico. d)* Se o uso do tráfico considera que pode haver pertença, in *casu,* e os pressupostos estão satisfeitos, há a relação de pertinencialidade. A caixa exterior de eletricidade, no Brasil, não é pertença da casa: muda o relógio e as outras peças, se o entende, a empresa concessionária. Os fogões das casas e as instalações interiores ou são partes integrantes, ou pertenças. O caderno de fornecimentos, se o recibo periódico é nele lançado, é pertença da empresa; se à parte, é pertença do estabelecimento fornecedor. Não é uso do tráfico a concepção de algumas pessoas, ou empresas, mas o que, no momento, faz parte do viver da população, ou dos que se utilizam da coisa.

O uso do tráfico, contrário à pertinencialidade, tem de ser atendido, ainda que não haja lei explícita, como se dá no direito alemão (§ 97, alínea 1ª, 2ª parte) e no suíço (art. 644, alinea 2ª).

O uso do tráfico é habitualidade do ato, ou dos atos, e não regra jurídica (Código de Processo Civil de 1939, arts. 259-262); é uso da vida. Desde que o critério econômico ou social entra na determinação da pertinencialidade, não se pode deixar de atender a esse elemento eminentemente fático, que é o uso do tráfico. Seria excluir o uso, em se tratando de destinação. Os juristas que não vêem a desnecessidade mesma da referência ao uso do tráfico como pré-excludente e, *a fortiori,* aqueles que exprobram a formulação de regras jurídicas a respeito *(e.g.,* respectivamente, G.Andreoli, *Le Pertinenze,* 216, e H. Richter, *Begriff und rechtliche Bedeutung des Zubehórs,* 49), não atendem a que a qualidade de pertença é oriunda de ato-fato jurídico, mas entra, como elemento objetivo fático, nos suportes fáticos, inclusive da regra jurídica sobre com-sorte da pertença e da coisa principal. Essa regra jurídica é dispositiva: o uso do tráfico pode tirar a oportunidade da sua incidência; porém, ainda nos sistemas jurídicos que a têm por interpretativa, não se poderia negar a eventual aparição da vontade expressa no uso. Em todo o caso, a influência do uso dá-se *antes,* se se trata de pertença, e viram-no os elaboradores dos Códigos Civis alemão e suíço; salvo se somente concerne ao negócio jurídico sobre a pertença. Na técnica jurídica legislativa, o adotar-se regra de definição da pertença, aludindo-se ao uso do tráfico, que a pré-exclua, de si só indica que se faça interpretativa a regra da com-sorte (assim, o Código Civil alemão, §§ 97 e 314). No Código Civil suíço, o art. 644, alíneas V e 2ª, contém a regra jurídica da com-sorte, antes da definição, o que é injustificável; e a doutrina *(e.g.,* H. Leemann, *Nommentar* de M. Gmur, IV, 1ª parte, 42) teve de advertir em que a reserva contrária desce ao mundo fático e faz independente da pertinencialidade a coisa que teria, sem ela, a subordinação pertinencial. Se não há definição de pertença, em que se aluda a pré-eliminação da pertinencialidade, pelo uso do tráfico em sentido contrário, então a regra jurídica da com-sorte chega ao mesmo resultado prático com a sua dispositividade e o reconhecimento da reserva contrária expressa em uso do tráfico. Não é de se estranhar, portanto, que C. Demolombe *(Cours,* IX, 139-144) tenha argumentado com os usos locais, contrários ao art. 524 do Código Civil francês, para mostrar que a regra jurídica não os poderia vencer A sua critica fora em termos de exclusão da destinação mesma.

§ 146. Onus da prova

1. *Regra sobre o ônus da prova.* O que alega existir relação da pertinencialidade, tem de provar (Manuel de Almeida e Sousa, *Tratado*

prático de Morgados, 318) que a coisa está destinada a servir aos fins da coisa principal e que se acha em situação de fato (espacial, *sensu lato)* que corresponde a esse destino. Ao que a nega incumbe provar que foi transitória a utilização, ou que o é. ou que existe uso do tráfico contrário a se entender pertinencial a relação entre as coisas (sem razão, Er. Leonhard, *Die Beweislast* 276; certos, L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 308, nota 18; O. Warneyer, *Kornmentar,* 1, 139).

2. *Presunção.* É de presumir-se que a pertinencialidade tenha continuado; de modo que, se alguém alega ter desaparecido um dos pressupostos, tem de prová-lo (sem razão, Fr. Leonhard, *Die Beweislast,* 276; certo, Domingos Antunes Portugal, voto no acórdão do Desembargo do Paço de 24 de maio de 1667, em Manuel Álvares Pêgas, *Resolutiones Forenses,* V, 110; Manuel de Almeida e Sousa, *Tratado prático de Morgados,* 320). Porém não se presume que o uso do tráfico, contrário à pertinencialidade, persista; tem-se de provar que existe no momento mesmo em que se entende não existir, por existir ele, a pertinencialidade (O.

Warneyer, *Rommentar,* 1, 139).

§ 147. Efeitos jurídicos da pertinencialidade

1. *Crítica á expressão.* Somente elipticamente se pode falar de eficácia jurídica da pertença, ou de efeitos jurídicos da pertinencialidade. A relação de pertinencialidade é fática; entra, como um dos elementos, em suporte fático, sobre o qual incidem a regra jurídica do negócio e a regra (complementar) dispositiva, no direito brasileiro, da com-sorte (art. 59), ou a regra interpretativa. O efeito, que se diz ser da pertença, ou da relação de pertinencialidade, é o efeito do negócio jurídico em cujo suporte fático ela se acha. No direito romano, esse efeito era um só: os negócios jurídicos obrigacionais *(afiter,* nos outros), salvo vontade em contrário, compreendiam a coisa e as pertenças. *a)* No direito contemporâneo, a presença da pertença no suporte fático tem o efeito de dispensar a tradição da pertença, não importa se foi a expressa vontade do manifestante que a incluiu, ou se foi em virtude de regra jurídica interpretativa, ou se foi em virtude do art. 59. No direito brasileiro, estando no registro de imóveis o registro da pertinencialidade de algum imóvel a outro, o registro da transmissão do imóvel principal, seguido da averbação dessa quanto

ao imóvel-pertença, dispensa o registro do título transíativo quanto ao imóvel-pertença. Naturalmente, para esse efeito, supóese que o proprietário dos dois bens seja o mesmo. Se o móvel-pertença não é do alienante do bem principal, móvel ou imóvel, ou se ambos os bens são de outrem, rege o art. 622, com o seu parágrafo único; se o imóvel-pertença é de outrem que o dono dele, ainda que dono do imóvel principal, os princípios são os que regem a aquisição de boa-fé *a* non domino, se feitas o registro e a averbação, ou, se não houve registro e averbação ou se não houve averbação, os princípios da usucapião (arts. 551 e 550). *b)* A concessão e a supressão do usufruto são compreensivas das pertenças, se o contrário não se estabeleceu no negócio jurídico (art. 716), ou na concessão do direito de preempção (arg. ao art. 1.149, *verbis* "tanto por tanto"). c) O legado entende-se com as pertenças (art. 1 .706, que é dispositivo, *Tratado dos Testamentos,* III, 540, contra o direito alemão, §

2.164, que é interpretativo). *d)* Quanto à hipoteca (art. 811), à anticrese e às rendas constituídas sobre imóveis (por analogia), também há o principio dispositivo, da com-sorte, e) Quanto à hipoteca maritima (arts. 810, VII, e 825; Lei nº 7.652, de 3 de fevereiro de 1988, art. 13, e anteriormente, Decreto nº 15788, de 8 de novembro de 1922, art. 10, parágrafo único, onde se consideram "parte integrante" pertenças e mais acessórios), idem. Na execução forçada, a penhora há de recair sobre a coisa e suas pertenças, se forem do mesmo proprietário.

2. *Origens.* Os efeitos pós-romanos são de origem germânica. Não se chega à concepção de relação de direito das coisas, como aprouve a E Regelsberger *(Pandekten,* 1, 387 s.) e a J. l-{ohler (Zur Lehre von den Pertinenzen, *Jahrbíicher Jziir die Dogrnatik,* 26, 200; *Lehrbuch,* 1, 475 s.). Mas longe se está do efeito único, nos negócios jurídicos obrigacionais.

§ 148. Extinção da pertinencíalidade

1. *Desaparição de pressuposto.* Uma vez estabelecida a relação de pertinencialidade, somente cessa se um dos seus pressupostos desaparece. O fato natural pode causar a exclusão da relação, se, por exemplo, a coisa principal, ou a pertença, se destrói, ou se consome, ou aquela se torna totalmente inadequada ao fim a que a pertença

servia, ou essa se torna inadequada ao serviço. Tudo se passa, então, no mundo fático. Pode causar a exclusão da relação algum ato-fato humano, bastando o poder de dispor de fato. A esse propósito, cumpre lembrar que o envolver-se em negócio jurídico, ou em ato jurídico *stricto sensu,* o ato de exclusão da pertinencialidade não o torna negocial ou ato jurídico *stricto sensu:* o pressuposto necessário e suficiente para a cessação, se provém de ato humano, é ato-fato jurídico.

2. *Direito luso-brasileiro.* No direito luso-brasileiro, entendia-se que, em caso de pastos-pertenças ("o terreno de um dono e as ervagens ou partes de outro"), podia o dono do terreno resgatar a pertinencialidade, pelo justo preço (Alvará de 27 de novembro de 1804, § 8: "Naquelas tapadas em que por algum título, ou contrato, sendo o terreno de um dono, a ervagem ou partes são de outro proprietário, será permitida a adjudicação ao proprietário do terreno, pagando pelo seu justo preço", assim como se estabelecia para as árvores, Lei di? 9 de julho de 1773, §§ 11 e 17). Tal resgate era *ad instar* do resgate das servidões (cf. art.

709, III), e nada se opõe a que se recorra ao art. 709, III, analogicamente, conforme o art. 4º da Lei dc Introdução (cf. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 4ª) *Aliter,* quanto ao compáscuo-condominio (art. 646, 22 parte), que se rege pelos arts. 629-632.

§ 149. Conceíto de parapertinencíalidade

1. *Coisas e direitos.* Relação de pertinencialidade só existe entre coisas; portanto, no mundo fático. Não entre direitos, que são efeitos de fatos jurídicos. Todavia, entre direitos ou entre coisas e direitos pode ocorrer relação pertinencialiforme, a que convém chamar-se *relação de parapertinencialidade.* E o que se observa quando o objeto do negócio jurídico é empresa, ou outro objeto coletivo (Martin Wolff, em V. Ehrenberg, *Handbuch,* IV, 1, 17). O art. 59 só se refere à coisa principal; se se pretendesse estender *à* coisa singular e à coletiva (art. 54), desatender-se-ia à realidade e à natureza da regra juridica do art. 59, que é dispositiva. Para se submeter à mesma sorte a coisa universal e a coisa inclusa, a regra jurídica não seria a do art. 59, e sim a regra jurídica interpretativa: na menção per *verba universalia* já

está vontade, que se há de interpretar 2. *Parapertinencialidade.* A parapertinencialidade exsurge na ligação econômica dos direitos de patente, de contratos de fornecimento em curso, de direitos a prêmios etc. *(aliter,* quanto à razão social e às marcas, que são partes integrantes).

§ 150. Bens privados e bens públicos

1. *Conceitos,* no *direito brasileiro.* Bens privados são os bens regidos pelo direito privado, quanto à aquisição e à perda. Bens públicos são os bens regidos pelo direito público (art. 66, 1-11) e os bens regidos pelo direito privado, se pertencentes ao Estado (art. 66, III). Tal distinção dos bens públicos em duas classes (art. 66,1-11, e art. 66,111), excluídos os bens *nuílius,* apropriáveis, que Teixeira de Freitas *(Esboço,* art.

327) considerava "bens públicos apropriáveis", atende à tradição do direito luso-brasileiro. As *res nullus* não são propriedade de ninguém, mas, por direito público, são objeto de direito de uso do povo. Dai a tendência errada a construir-se a ocupação como exercício de direito (público) a adquirir a propriedade (cf. Teixeira de Freitas, *Esboço,* art. 327).

No art. 65, diz-se: "São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem". A definição atende à titularidade do direito, com certa confusão entre bens de todos e bens da entidade estatal, e não ao título (direito público, direito privado). Chamamos-lhes bens públicos *lato sensu.*

2. *O art. 69.* Quando se diz que o mar, o ar, as estrelas e coisas semelhantes não são coisas em comércio, dá-

se a "coisas" sentido largo, mais largo do que aquele em que se emprega o termo ao falar-se de coisas corpóreas e coisas incorpóreas. No art. 69, enuncia-se: "São coisas fora do comércio as insuscetíveis de apropriação, e as legalmente inalienáveis". Donde se tira que o conceito do Código Civil abrange coisas que não podem ser objeto de

direito (= insuscetiveis de apropriação) e coisas que podem ser apropriadas, porém a lei (não o negócio jurídico) proibe a alienação delas, como se passa *e.g.* com as terras tradicionalmente ocipadas pelos índios, por eles não-adquiridas (Lei nº 6.001, 19 de dezembro de 1973, arts. 26, parágrafo único, e 32), de titularidade da União (Constituição de 1988, art. 20, XI), e que segundo a Constituição de 1988, art. 231,

§ **4º,** são inalienáveis e indisponíveis).

3. *Bens de uso comum do povo.* Os bens públicos de uso comum do povo (mares, rios, estradas, ruas, praças, pontes, viadutos) são *inapropriáveis,* posto que, por exemplo, o confinante que só tem saida para a rua possa ter direito a que não a mudem a ponto de deixar sem acesso a casa, ou terreno, salvo indenização (cf. W. von Blume, Das Recht des Anlieger an óffentlichen Strassen, *Fest gabe Jür* J. T. Schirmer, 101 s.).

A apropriação da onda como gerador de força é possível, respeitado o direito público; só a lei especial, porém, pode permiti-la. Os direitos resultantes são de ordem privada. Não assim o direito de uso comum do povo e o direito de uso especial. porque aí a natureza pública do uso é de direito público: donde só a mudança de classificação para o art. 66, III, permitir a apropriação.

O sujeito ativo do direito, a que se refere o art. 66,1-11, não é o mesmo. O titular, no art. 66,1, é o povo (Ordenações Afonsinas, Livro II, Título 24, § 5: "Estradas e ruas pruvicas antiguamente usadas, e os Rios navegantes e aqueles, de que se fazem os navegantes, se som cabedaaes, que correm continuadamente em todo o tempo, pero que o uso assy das estradas, e ruas pruvicas. como dos Rios seja igualmente cõmuu a toda gente, e qualquer outra coisa animada, ficando sempre a propriedade dêles no Patrimonio Fiscal"; Ordenações Manuelinas, Livro II, Titulo 15, "Real" em vez de "Fiscal"; Ordenações Filipinas, Livro II, Titulo 26, § 8, "Real", em vez de "Fiscal").

Se o mar, ou o ar, ou ser semelhante, não é do território de nenhum Estado, é do Homem, "de todo o gênero humano" (Manuel Borges Carneiro *Direito Civil de Portugal,* IV, 3). Se é parte de território estatal, mas inapropriável, pertence ao povo do Estado (cf. Teixeira de Freitas, *Esboço,* nota ao art. 331, in *fine).*

4. *Bens do art. 66, IL* Os bens de que fala o art. 66, 11, são do Estado, por direito público; diziam-se, antes,

"bens da Coroa". O titular deles não é o povo, mas a pessoa de direito público (União, Estado Federado, Município etc.) inclusive a pessoa de direito público externo (e.g., Embaixada, ou Legação estrangeira). É

por direito público que são do Estado, sendo-lhes estranha a concepcão de propriedade privada, instituição de direito privado.

O art. 66, 1, é exemplificativo. Nele, não se falou, por exemplo, de lagos e lagoas navegáveis. Todavia, o art.

66, 1, não éregra jurídica de propriedade; mas de classificação dos bens, razão por que a discussão em torno de pertencer ao Estado ou aos particulares o lago ou lagoa, que se travou no Supremo Tribunal Federal, a 28

de janeiro de 1924 *(RD* 80/100) não poderia ser interpretativa do art. 66, 1, e tinha razão, ao seu tempo, o voto vencido de Edmundo Lins, no plano da questão de propriedade. O art. 66, 1, refere-se ao uso comum do povo, que é destinação. As ruas estão em tal caso, mas podem ser públicas sem se destinarem ao uso comum do povo. Podem pertencer à União, se em zona que pertença à União, e podem ser públicas do Estado Federado, ou do Município. Determina o uso comum a unidade a que pertence; mas o uso comum não se confunde com a competência legislativa ou administrativa quanto à viação (confusão em que incorreu o acórdão da 22 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 16 de janeiro de 1940, *RT,* 131/752), ou outra atividade, competência que se regula pela Constituição de 1988, sem haver o principio geral, *a priori,* de predominância da competência federal, em relação à estadual (distrital ou territorial) e à municipal, ou da estadual (ou territorial), em relação à municipal, que o acórdão da 22 Turma inadvertidamente pretendeu lançar.

Os bens públicos, que normalmente se destinariam ao uso comum do povo, como os rios e suas margens, podem sofrer desdestinação, por ato de direito público da unidade que os destinou (cf. 12 Turma do Supremo Tribunal Federal, 29 de abril de 1946, *RT* 175/823, sobre margens de rios navegáveis).

5. Bens do *art. 66, III.* Os bens de que trata o art. 66, III, são *propriedade* do Estado (União, Estado Federado, Município).

6. *Bens públicos* stricto sensu. São bens públicos, *stricto sensu,* os bens que pertencem às entidades estatais (União, Estados Federados Distrito Federal, Territórios, Municípios), a título de direito público. Os bens de que elas têm a propriedade, a título de direito privado, não são bens públicos, *stricto sensu.* Conceito mais largo de bens públicos é o que aparece no art, 66: "Os bens públicos são: 1. Os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças. II. Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal. III. Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades". Em verdade, a expressão "bens públicos" compreende, no art. 66, os bens de uso como do povo, os de uso especial da entidade estatal e os que, sem serem de uso público, pertencem a entidades estatais. Donde: bens de uso público são, no art. 66, os bens que pertencem a entidades estatais. Tal noção, por demasiado larga, de pouca utilidade pode ser. De comum às três classes há, apenas, além da titularidade, a incidência do art. 67.

Contra a existência de propriedade de direito público, O. von Gierke *(Deutsches Privatrecht,* II, 25) e *J.*

Biermann *(Die óffentlichen Sachen,* 15); a favor, desde 1873, Fi Eisele *(Uber das Recbtsverhàltnisse der* res publicae in publico usu, 26; O. Mayer, *Deutsches Verwaltunqsrecht,* II, 3ª ed., 49 s).

A disciplina juridica dos bens mencionados no art. 66,1 e II, é publicística; a dos bens mencionados no art.

66, III, privatística. Os chamados bens "dominicais", bens do patrimônio privado das entidades estatais, são bens que pertencem à União, aos Estados Federados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios, a título privado, — o que pertence ao Estado, e não se inclui no art. 66, 1, ou no art. 66, II, é patrimonial, dominical, sem se poder fazer qualquer distinção quanto a serem móveis ou imóveis. fungíveis ou infungíveis, consumíveis ou inconsumíveis. Uma vez que a inalienabilidade deles só se pré-exclui por lei, a lei que estabeleça distinções pode separar bens disponíveis e bens indisponíveis, tornando os bens disponíveis sujeitos, quanto à disposição, a certas regras jurídicas sobre pressupostos materiais e formais. O

patrimônio indisponível passa a ser classe que se parece, sem se

confundir, ou identificar, como a dos bens públicos *stricto sensu;* pois, na falta de regras jurídicas sobre os bens dominicais, incidem as do direito privado, ao passo que, na falta de regras jurídicas sobre bens públicos *stricto sensu,* são de atender-se os princípios gerais de direito público.

São bens patrimoniais do Estado: *a)* os créditos, pretensões, ações e exceções, de direito privado; *b)* os bens móveis ou imóveis de que haja adquirido, originária ou derivativamente. a propriedade, tais como terras, gêneros alimentícios, produtos do solo e materiais de construção.

§ 151. Bens de todos

1. Conceitos. Os bens públicos são, em senso estrito, os bens de uso comum do povo e os de uso especial, isto é, que não pertencem, em direito privado, às pessoas de direito público, com destinação estatal administrativa, nem para outro uso, ainda que de outro titular. A dicotomia "bens públicos a título de direito privado e bens públicos a título de direito público" supõe resolvida a questão de haver modo de adquirir *iure publico.* Não é nesses dois sentidos que se fala de bons públicos no art. 66, 1 e II, e no art. 66, III. A tricotomia atende à diferença do uso, e não à de titularidade. Deixou-se logicamente resolvida, noutro ramo, a questão da titularidade e sua fonte. O titular do direito sobre os bens do art. 66, 1, não é a pessoa de direito público, — é o povo mesmo, posto que ao Estado caiba velar por eles. O que se chama teoria da propriedade pública não é mais do que teoria do uso público, da destinação especial dos bens ditos públicos. Os bens públicos do art. 66,111, pertencem, em direito privado, ao Estado; a disciplina da propriedade, que se constrói no direito civil, prevê que se publicize a destinação dos bens ditos públicos. Tal o sistema do Código Civil, que se forrou a certas novidades dos publicistas (aliás já quase seculares); e foi defendido, com razão, por O. Gierke *(Deutsches Privatrecht, II* i, 20 s.), J. Hatschek *(Lehrbuch,* 5ª-6ª ed., 433 s.), H. Berthélemy *(Traíté álêmentaire,* 481 s.), R. H.

Herrnritt *(Grundlehren,* 379), F. Fleiner *(Institutionen,* 8ª ed., 354) e E

Cammeo (Corso, II, 997).

As estradas, ruas e praças, e os rios, de que fala o art. 66, 1, são, de regra, bens do estado, que sobre eles exerce poder público, e não o poder de proprietário. Por serem destinadas ao uso comum, tal poder público está *limitado* pela destinação, que se lhes deu e somente por lei se pode mudar. Tal destinação cria deveres ao Estado, entre os quais está o de conservação: se os não trata como os deveria tratar e resultam danos por culpa, é invocável o art. 159. Se por lei se apaga a destinação ao uso comum, cessa o limite ao direito público a tais bens. Enquanto tal destinação não cessa, há direito certo e líquido a uso comum, suscetível de proteção por mandado de segurança (Constituição de 1988, art. 5ª, LXIX).

Se os caminhos públicos pertencem, em direito privado, ao Estado,

que os destinou ao público, tudo se passa como a respeito das estradas, ruas e praças, rios, cais e praias.

O uso comum é exercício de direito público; e não de direito privado (A. Ubbelohde, *Die Interdicte,* li, 536, pensava em servidão ou semelhante direito de ordem privada, o que é de repelir-se). Se baseado em ato de destinação *(aliter,* se pela natureza das coisas), pode ser mudado o destino, respeitados os princípios constitucionais e as leis ordinárias. Todavia, se a mudança causa danos a quem teve de obedecer à destinação *(e.g.,* ao alinhamento da rua, ou da praça), bá pretensão à indenização por parte do lesado, uma vez que a regra jurídica de alinhamento criou estado jurídico, que havia de ser seguido permanentemente (cf. L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 319).

2. O *art. 66,* 111 Os bens de que fala o art. 66, II, são bens do patrimônio do Estado: pertencem, privatisticamente, ao Estado,como os do art. 66, III; apenas são destinados à administração, e não a fins privatísticos. Pode dar-se que bens do patrimônio do Estado sejam destinados ao uso comum, sem se tornarem bens de todos, razão por que há bens do art. 66, 1, que são do patrimônio público do Estado.

3. *Uso comum.* O uso comum não toca em igual medida a todos. O dono ou possuidor dos terrenos ribeirinhos tem *plus,* que lhe vem de causas objetivas. O direito de todos é o mesmo; o elemento fático da situação do terreno é que dá ao dono ou possuidor do terreno ribeirinho oportunidade de tirar maior proveito do uso comum. O seu interesse é, por isso mesmo, mais intenso. As ações que tem são as de qualquer outra pessoa. Pode ocorrer *plus* de atribuição, como se a administração pública autoriza alguém a extrair areia do rio ou tirar pedras da rua que vai ser rebaixada de nível. Entende-se que tal autorização não exclui o uso comum normal e os direitos que nascem ao autorizado, se tais direitos nascem, são subordinados a não se mudar o destino do bem, nem se criarem perigos ao povo. Se só esse autorizado, ou esses autorizados podem usar para o fim determinado, excluindo-se outras autorizações, a atribuição individual se faz mais intensa, como ocorre com as estradas de ferro e os trilhos de bondes que passam ao longo da rua, ou que a atravessam, os estabelecimentos de banhos em praias de uso comum, a utilização das correntes dos rios de uso comum. Aí já há concessão. O ato do Estado é negócio jurídico

unilateral de direito público; dele irradia-se o direito público subjetivo, quase sempre a termo, ou sob condição, à utilização tal como foi definida no ato de direito público e subordinada a limites que lhe neguem toda mudança ou extinção de destinação. O

direito público subjetivo oriundo da concessão é pessoal; não se cria com ela direito real; a posse, sim, pode surgir, a despeito da inapropriabilidade da coisa. O que se coloca no lugar de uso comum, ainda que se ligue ao bem, faticamente, como trilhos, cabos, quiosques, cais, muralha, ou represa, não se torna, juridicamente, parte integrante ou pertença da coisa pública: continua de propriedade e posse do concessionário, que dele pode dispor e despregar, ficando apenas exposto às conseqüências de inadimplemento de deveres e obrigações, se os assumiu. Em todo o caso, pode ser estipulado que a instalação passe a ser parte integrante ou pertença do bem de uso comum (cf. Código Civil suíço, arts. 675 e 676, que é dispositivo). Se a utilização da concessão implica incursão na esfera jurídica de algum particular ou de alguma outra entidade de direito político, é preciso que aquele ou essa consinta. O proprietário consente em negócio jurídico de direito privado. Se o negócio jurídico, por parte da entidade de direito político, é de direito privado, ou de direito público, não se pode responder *a* priori: pode ser adesão à concessão, que é de direito público; pode ser negócio jurídico, á parte ou adjeto, de concessão; pode ser negócio jurídico de direito privado.

Sempre que a concessão se refere à utilização de bem de uso comum, tem-se de entender que o Estado não se privou de conceder igual utilização a outras pessoas, salvo se há cláusula expressa ou resulta da natureza da utilização ou das circunstâncias em que se concedeu exclusividade.

A proteção do uso comum (art. 66,1) incumbe à polícia e à saúde pública, que polícia é. Contra as restrições injustificadas ao uso comum, inclusive quanto à apropriação pelo Estado sem reguIar desdestinação, ou presdestinação (passagem ao uso a que se refere o art. 66, II, ou o art. 66, III), têm as pessoas os recursos administrativos contra tais atos, positivos ou negativos, e as ações intentáveis judicialmente, inclusive, se satisfeitos os pressupostos, a ação de mandado de segurança. Discute-se se, partindo de particular a turbação, podo qualquer do povo propor as ações de direito civil, inclusive as ações possessórias *(e.g.,* para que alguém não jogue no rio de uso comum do povo detritos de cozinha e outras substâncias poluentes). A resposta é afirmativa (cf. J. Biermann, Di *e ôffentlichen*

Sachen, 41 s.). Pode mesmo o prejudicado propor ação de indenização contra o que causou o dano, invocando o direito civil, sem que se exclua, se o réu é o agente da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, a ação de direito público, contra elas, fundada no art. 37, § 6ª, da Constituição de 1988.

§ 152. Inalienabilídade dos bens públicos

1. Conceito de *inalienabilidade.* Diz-se inalienável o bem de que o titular do direito, ou outrem, por ele, não pode dispor. No conceito de inalienabilidade não está, *a* priori, o de não se poder, por outro modo que a alienação, perder a propriedade. Bens inalienáveis podem ser usucapidos; sobre bens inalienáveis podem ser constituídas servidões por meio de usucapião (art. 698). Há, porém, bens que escapam à usucapião por outrem e a outros meios de perda, — os bens que se regem tão-só pelo direito público (art. 66, 1 e II).

2. *Bens legalmente inalienáveis.* Estão fora de comércio as coisas não-suscetíveis de apropriação e as

"legalmente inalienáveis", diz o art. 69. Coisas legalmente inalienáveis são as coisas a que se proibiu, em absoluto, a alienação, coisas a respeito das quais se pode dar deslocação de classe *(e.g.,* do art. 66, 1 ou II, para o art. 66, III, prevendo-se, a mais, a alienabilidade, ainda que implicitamente), ou, se estavam em classe em que os bens não podem ser alienados em virtude de regra jurídica legal, quando a lei o permita. Assim, quando o art. 67 diz: "Os bens de que trata o artigo anterior só perderão a inalienabilidade que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescreveu." A inalienabilidade sem deslocação de classe é peculiar aos bens do art. 66, 1, e aos do art. 66,11; a inalienabilidade dos bens de que cogita o art. 66, III, é absoluta, se a lei os fez inalienáveis, de modo que somente outra lei possa *permitir* a alienação deles "nos casos e forma" que ela mesma estabeleça. Há, pois, quanto aos bens do art. 66, III, inalienabilidade, que lhes é peculiar, porém que contém, apenas, proibição aos órgãos do Estado, salvo se a lei os fez "legalmente inalienáveis".

Assim, a lei pode fazer legalmente inalienáveis bens do patrimônio do Estado, pondo-os, desse jeito, fora do comércio, a despeito de serem patrimoniais. Somente em tal hipótese são fora do comércio; por serem fora do comércio, não podem ser usucapidos. O Decreto nº 22.785, de 31 de maio de 1933, art. 2e estatuiu: "Os bens públicos,

seja qual for a sua natureza,não são sujeitos à usucapião "(cl. Constituição de 1988, arts. 183, parágrafo único, e 191, parágrafo único). Tal regra veio alterar os princípios, regalianamente. Assim, as duas classes, que existiam, de bens dominicais, fundiram-se num so.

No direito anterior, os bens dominicais podiam ser usucapidos. Os princípios do Código Civil estabeleciam o mesmo (sem razão, a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 6 de junho de 1945, *J*

29/403): foi a *lex specialis* que introduziu a exceção.

3. *Inalienabilidade absoluta.* Se a inalienabilidade é absoluta, ou por ser peculiar à classe (art. 66, 1 e II), ou por tê-la estabelecido a lei (art. 69, *verbis* "legalmente inalienáveis"), o bem escapa ao direito privado da perda da usucapião. Se a inalienabilidade é relativa, o que somente pode acontecer respeito aos bens do art.

66, III, ou aos bens inalienáveis por efeito de negócio jurídico *(e.g.,* art. 1.723), não está fora do comércio o bem. O que primeiro importa saber-se é a qual das categorias do art. 66 pertence o bem público *lato* sensu: se à do art. 66, 1, ou do art. 66, II, está fora do comércio; se à do art. 66, III, é preciso indagar se há lei que o fez absolutamente inalienável. No Decreto nº 15.788, de 8 de novembro de 1922, o art. 840 estatuiu que os bens móveis da União, que se deteriorassem e tornassem imprestáveis, alienar-se-iam, recolhendo-se o produto aos cofres públicos, como receita, salvo o caso de haver sido, em preceito de lei, autorizada ou decretada outra aplicação ao produto da renda. A regra jurídica não somente apanhava os bens de uso comum (art. 66, 1), como os de uso especial (art. 66,11) e os dominicais (art. 66, III), absoluta ou relativamente inalienáveis.

Apenas se previam que ocorressem a *deterioração* e *irnprestabilidade* (pressupostos objetivos, dependentes de verificação administrativa) e exigia-se, em princípio, o recolhimento do produto da alienação aos cofres públicos.

A inalienabilidade dos bens do domínio estatal apanha todas as suas partes integrantes *(e.g.,* florestas, 2ª

Turma do Supremo Tribunal Federal, 2 de janeiro de 1940, *RT* 134/340).

4. *Alcance da cláusula de inalienabilidade.* A cláusula de inalienabilidade apanha todo o bem, com as suas pertenças, se com ele foram transmitidas. A questão é de interpretação do negócio juridico. Produtos, frutos e benfeitorias têm, aí, sorte diferente, conforme a destinação do bem, entendendo-se que os produtos e frutos que, segundo o tráfico, se apanham ou colhem para a alienação, não estão clausulados.

A inalienabilidade não atinge os frutos materiais e civis. *Aliter.* quanto às acessões e benfeitorias (5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de outubro de 1935, *RT* 106/131; 4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de outubro de 1942, 144/537).

Se o bem é gravado com cláusula de inalienabilidade, qualquer negócio jurídico de alienação é nulo, por infração do art. 145, II, combinado com 111 porque, para ser alienado, é preciso que se dê sub-rogação e, portanto, o processo tendente a isso, com a prévia autorização judicial para a alienação. Não há convalidação, nem ratificação; por se tratar de ato jurídico nulo. Por isso, disse bem a 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de novembro de 1945 *(RT* 164/567): "Não importa que, posteriormente, tivesse sido concedida a autorização judicial para a alienação do prédio, a fim de se operar a sub-rogação por títulos da dívida pública estadual. Essa autorização posterior não pode revalidar convenção radicalmente nula" (cf. 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de junho de 1947, 168/611, e 16 de novembro de 1948, 178/336).

Se há concessão administrativa, ou autorização, que implique intransferibilidade, isso não impede que os bens empregados para o exercício do direito sejam alienados (3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 30 de janeiro de 1946, *RT* 163/201). salvo se há cláusula explícita ou implícita que obste à cessação da utilização ou exploração, ou destinação dos bens, inclusive direito de preferência conferido pelo Estado a outrem.

5. *Cessação da inalienabilidade.* Todos os bens públicos (art. 66, 1-111) são, hoje, inalienáveis e inusucapiveis. Contra quem alega tê-los adquirido basta que a entidade de direito público alegue e prove ser bem público. Não é preciso que alegue e prove ser de uso comum, porque bens públicos de uso especial e dominicais também são inalienáveis e inusucapíveis (sem razão, a „1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de agosto de 1945, R7 157/763, que

confundiu prova do uso público com prova de ser público o bem).Todos os bens públicos somente podem ser alienados se a lei o permite e segundo ela o permita (Supremo Tribunal Federal, 20 de abril de 1933, RT 106/820: . . .são insuscetiveis de apropriação, de sorte que a sua posse" — entenda-se a posse dos bens de uso comum ou de uso especial e a posse própria dos dominicais — "não pode ser adquirida por particulares"; 1ª Turma, 17 de junho de 1943, *RDA* 1, 163, *RF*

96/51, 4 de janeiro de 1945, *RDA* IV, 203, 16 de janeiro de 1947, 113/392, 19 de junho de 1950, 132/120, 19

de agosto de 1946, RF 109/104, 21 de setembro de 1943, *RDA* 1, 159, 17 de maio de 1946, *AJ* 93/19, 13 de setembro de 1949, *RF* 131/ 415, todos incluindo os bens dominicais). Cumpre não se confunda o direito após o Decreto nº 22.785, de 31 de maio de 1933, e o direito anterior (cp. 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 17 de junho de 1943; 3ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 1ª de março de 1945, *RA,* V/205; 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de setembro de 1942, *RT* 141/656 e 23 de agosto de 1944, 155/640).

Para que os bens de uso comum do povo possam ser alienados, é preciso que se dê a desdestinação, isto é, que passem a ser bens públicos de uso especial ou bens públicos dominicais e a alienação obedeça à lei que regula a alienação desses. A 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 17 de outubro de 1938 *(RT*

120/222 e 121/684), disse: "Os bens públicos de uso comum do povo, tais como mares, rios, estradas, ruas e praças, são inalienáveis; não podem ser objeto de venda e compra, de cessão ou de troca. Podem, é verdade, perder o caráter de bens públicos por expressa disposição de lei, ou por circunstâncias outras (?); tornam-se alienáveis, ainda assim, somente nos casos e na forma que a lei prescrever". Se as coisas de uso comum são também, por sua natureza, inapropriáveis, a desdestinação é impossível.

A destinação ao uso comum do povo ou resulta da natureza da coisa, e então não pode haver desdestinação; ou provém de manifestação de vontade da entidade de direito público a que pertence o bem público. Então a destinação — negócio jurídico unilateral — importa em passagem do bem ao uso comum do povo. Poder-se-ia discutir se essa destinação é negócio jurídico, ato jurídico *stricto sensu,* ou ato-fato

jurídico; mas, por certo, éde negócio jurídico unilateral que se trata, se bem que, para ela, não se faça mister "ato administrativo" (expresso!) — "decreto, ato no sentido estrito, podaria, ou qualquer outra modalidade —

bastando fatos indicativos do apossamento do terreno para transformá-lo em via pública" (Tribunal de Apelação de São Paulo, 10 de maio de 1943, *RT* 148/215; 8ª Câmara, 20 de março de 1947, 168/33), ou em bem de outro uso comum do povo.

§ 153. A energia elétrica e o direito

1. *Natureza do bem.* As energias (luz, calor, força, frio, som e semelhantes) não são corpóreas, no sentido de coisa corpórea (tal como a concebiam os séculos passados): a eletricidade mesma não é tida por corpórea, inclusive a que se guarda no acumulador.

2. *Vacila*ções. No direito civil e no direito penal, os juristas ficaram surpresos, senão perplexos, com a aparição e as aplicações da energia elétrica (cf. A. Schlecht, *Das Recht der Elektricitàt,* 4 s.**):** não admitiram que se tratasse de "coisa"; para eles, energia e matéria são distintas e irredutíveis, o que denuncia a permanência de superado e irritante aristotelismo. Faltou-lhes a concepção estóica, com a administração do som, da vox, da força, da luz, como coisa, para que se adaptasse o direito à física contemporânea (cf. Diógenes Laércio, *Vitae philosophorum,* VII, 56; Aulo Gélio, *Noctes Atticae,* V, 15).

Essa resistência de mentalidade éa mesma que se observa no terreno filosófico, com o neo-aristotelismo e o materialismo histórico. Teve-se de pôr a eletricidade no trabalho humano, para se medir como tal (A.

Wengler, *Elektrizitàt iind Recht,* 13 s). Pensou-se em direito da personalidade sobre a energia (Amo Kloess, Die Energien in und ausserhalb des Verlehrs, *Archiu JUr die civilistiche Praxis,* 103, 90 **5.;** R. Sohm, Noch einmal der Gegenstand, *Jherings Jahrbúcher,* 53, 384 s.), o que importaria em distender-se a classe dos direitos imateriais, alguns dos quais o Código Civil havia posto na propriedade literária, artistica e científica (arts. 649-673, revogados pela legislação extravagante). Seria, então, de se admitir que se prestasse a ser objeto de negócio jurídico, como o de venda e compra, a eletricidade; só o poderia ser de

contrato de empreitada, ou de trabalho (obra). Mercadoria, suscetível de venda e compra, concedeu E. Jâger (Gas und Elektrizität, *Leipziger Zeitschrift,* 294); coisa, precisou R. Sohm *(Der Gegenstand,* 385). Recorreu A.

Schlecht (Das *Recht der Elektricitàt, 6* s.) à figura do contrato de energia, que seria criação do nosso tempo.

3. Classificação. Energia é coisa, como o ar, a água, a terra; tem-se de tratar como coisa, de cuja especificidade resulta ser específico o contrato de energia.

Capítulo III

Sub-Rogação

§ 154. Conceito de sub-rogação

1. *Sub-rogar* O conceito de sub-rogação não é novo. Todavia, os juristas romanos desconheceram a acepção atual, larguíssima, de *sub-rogar.* A sub-rogação de pessoa em lugar de outra, sim, tiveram-na eles (H. G.

Heumann, *Handlexicon,* v. subrogare). O conceito envolveu com o direito canônico, até chegar ao conceito francês da sub-rogação pessoal e ao de sub-rogação real. Sub-rogação dá-se pela mudança no sujeito (Código Civil, arts. 985, 814, § 2ª, 1.495, 1.497): é a sub-rogação pessoal, concepção francesa. Dá-se também pela mudança no objeto, sem que se modifique o bem na sua totalidade. *Pretium,* in *universalibus,* succedit in *locum* rei, *et* res in locum *pretii,* dizia a glosa; veremos as estratificações conceituais que vieram após.

Nos pós-glosadores, a teoria dos *universalia* foi que serviu a isso. Jason Maynus escreveu: „Legatum universale gregis vel peculii comprehendit omne futurum incrementum etiam contingens post

testamentum. .

.quia universitas, sicut est grex, sui natura recipit incrementum et deminutionem: et tamen est semper idem.

ln istis universalibus (ut grex, peculium) unum subrogatur loco alterius et ípsa *uniuersitas* remanet eadem. .

.Sic in universalibus *pretiurn succedit* loco rei. Secus in legatis particularibus". Nisso viu J. Kohler (Das Vermôgen aIs sachenrechtlicbe Einheit, *Archiv* for *búrgerliches Recht,* 22, 4) a teoria das unluersitates iurís, mas pareceu a outros que o texto se caracterizou pela alusão somente aos *universalia* (A. Waller, *Surrogation,* 5). Só depois é que se desenvolve a doutrina das *universitates rerum,* em iuris e *facti,* ou, noutros termos, *legis* e *hominis.* Na polêmica contra o principio da sub-rogação (Wâchter, *Erôiterungen,* 9), reconheceu o conceito dos *sub-rogados* como geral, entendível de si mesmo: a "colocação jurídica de uma coisa no lugar da outra" chamou *sub-rogação* (não *Surrogation,* mas *Surrogierung,* alemamente). A doutrina germânica prosseguiu à procura do principio. Mas foram os Franceses que mais amplamente adotaram a *subrogação real* do direito comum. A velha regra *pretium succedit* ainda vigora. É *princípio gera),* não explícito, cuja existência é suposta por muitas aplicações legais particulares (Código Civil francês, arts.

132, 747, 766, 1.066, 1.067, 1.069, 1.407, 1.433, 1.434, 1.552, 1.559). Porém os clássicos franceses recorriam à ficção, fundada na fungibilidade dos elementos componentes de universalidade de direito, o que não poderia caber (pensamento de Aubry et Rau) in iudiciis *singularibus,* por lhe faltar qualquer base racional e legislativa. Donde terem de recorrer a exemplos fora do principio. No Código Civil alemão, também surgiu, implícito, o principio; alguns casos o lembraram dependente do conceito de patrimônio (Motive, III, 28), mas já com a novidade do *valor* ou *equivalente,* que generaliza o conceito de preço (E. Windmúller, *Die Bedeutung und Anwendungsfâlle des Satzes* pretium succedit in locum rei, res in locum pretii *nach gemeinem* Recht, 2), em jurídica colocação de uma coisa no lugar de outra, como já o queria C. G. von Wãchter *(Erôrterungen,* 13, obs. 48). Várias referências há nos *Protokolle* e nos *Motive;* e, com os *Motive,* C. Crome, E. Eck, E Endemann, Haidlen e P. Oertmann falaram de *princípio de sub-rogação,* L. Enneccerus e E Schollmeyer de *com moduni* tácito, consoante a concepção do direito comum, de Fr. Mommsen *(Erôrterungen,* 1, 76 s.); Konrad Cosak, H. Dernburg, G. Planck e Th. Kipp nada disseram de característico.

Em todo o caso, o principio começou a revelar-se. Mas a verdade, para alguns, continuava a ser a de que aquele principio é o *grande desconhecido,* como disse A.Waller *(Sur-rogation,* 22). Para Ritgen (ao § 2.169), o princípio encontrou, no Código Civil alemão, numerosas aplicações, contudo sobre ele nada disse, e como que remete ao direito anterior. Ainda assim, foi além desse direito: falou da sub-rogação em iudicium *singulare* (aqui se iniciou a campanha contra os dois velhos adágios).

2. *Princípio de sub-rogação.* Em 1900, Thiele (Studien, *Archiv* fúr *die civilistische Praxis,* 91, 1 s.) falou no princípio (e até em direito de *sub-rogação,* posto em princípio): achou que os §§ 1.370, 1.381 e 1.382 e outros revelam a *idéia legislativa,* formulada de vários modos. Mas o principio assume, então, proporções um tanto estranhas: os acréscimos, juntando-se às coisas, sub-rogam-se (91, 19). Em todo o caso, mais adiante limitou a sub-rogação à sub-rogação de uma coisa por outra, como em Wächter. Depois de Thíele, E.

Windmúller publicou o seu trabalho. Nele, também se aludiu à dupla formulação do principio: aqui, ponto de vista *puramente objetivo,* o de *pretium succedit;* ali, *subjetivo,* qual o da proveniência dos meios *(Die* Bedeutung und *Anwendungsfàlle des* Satzes pretium succedit in locum rei, res in locum pretii *nach gemeinem Recht,* 13). Deve-se-lhe a primeira tratação sistemática da moderna teoria da sub-rogação de objetos particulares. Também aqui duas formas de aplicações, — numa, *favorecimento* do legitimado ao ressarcimento, pelo risco corrido, respeito ao objeto (94), noutra, limitação do legitimado, quanto ao objeto (108). Quanto ao princípio em si, também Windmúlier crê que se pode tirar dos casos particulares em que uma coisa (ou outro fato) fica no lugar de outra, em relações tais, que se põe na mesma situação jurídica em que estava a outra coisa (1 s.). Mas é contraditório em dizer que se não pode dar caráter geral a tal regra (2).

Ou é principio, e pode colher-se, indutivamente, — ou não no é.

Depois, 3. Robler (Das Vermógen aIs sachenrechtliche Einheit, *Archiv for Búrgerliches Recht,* 22, 1 s.) aprofundou melhor o problema: desceu ao conceito de coisa. Mas ficou no aspecto da entrada dos bens no todo patrimonial. Onde Thiele viu duas diferentes formulações do principio, e E. Windmúller falou de varia-

ção do princípio, 3. Kohler apontou (15) dois fatos distintos, a sub-

rogação e a destinação *(Bewindung).* A primeira é a entrada de uma porção de bens no patrimônio, de bens que são adquiridos com parte do patrimônio. A segunda é entrada no patrimônio adquirido, mediante o negócio jurídico que se relaciona com o patrimonio.

A atitude de A. Wieruszowski *(Handbuch des Eherechts,* II, 315 s.) foi céptica. Nem definiu, nem postulou.

Examinou os casos. Verdadeiros casos de sub-rogação são, apenas, aqueles em que o adquirido pelo sacrifício de certos valores do patrimônio deva a esse ser acrescentado. Onde a lei junta ao patrimônio adquirido, reconhecendo-lhe a força de atração jurídica e econômica, trata-se de *aquisição sub-rogatória* impura (303, 316 s.). E. Landsberg *(Das Recht des E SE.,* 131 s.) distinguiu a sub-rogação real e a obrigatória, no que apenas reafirmou diferenciações conceptuais anteriores. O verdadeiro caminho já o tinham aberto Thiele e Windmúller.

Nas coisas coletivas, nos *universalia,* opera-se certa organização aquisitiva necessária (art. 56). Há casos em que, no interesse do sujeito de um bem ou de outras pessoas que têm interesses no bem, se estabelece o princípio da sub-rogação. Certo, ali, há *aquisição necessária,* sub-rogação, dír-se-á; aqui, o que se verifica é a adoção de critério de destinação. A diferença mais se acentua nos bens particulares. Onde é cogente a adoção de critério de destinação é que a diferença esmaece, sem, contudo, desaparecer, Mas isso justificaria cindir-se o princípio? ~Não será ele suscetível de generalização suficiente? A sub-rogação tem de se referir a *universitas* e ao bem particular, porque esse é unidade, como aquela. Apenas com a unidade conceptual desse coincide a unidade material, o que não ocorre com os *universalia,*

3. *Análise do fato da sub-rogação.* Desçamos a exame mais profundo: 1) São *casos de organização aquisitiva necessária* aqueles, por exemplo, em que: *a)* o proprietário da coisa perdida adquire a propriedade do produto da venda (Código Civil alemão, §§ 966, 975 e 979; brasileiro, art. 606); *b)* os bens adquiridos pelo marido com os frutos dos bens da mulher, quando se estipulou a separação de bens, porém, sendo a administração pelo marido, sem emprego comum; *c)* os adquiridos pelo pai com os meios e por conta do filho; *d)* os adquiridos pelo possuidor da herança. II) Auto-evolver *(Selbs ten twicklung)* da relação jurídica, ou como meio para assegurar as quotas de vários sujeitos no

mesmo bem, ou para outros efeitos, temos: a) na obrigação de restituir o que se recebeu indevidamente, quando a restituição do objeto recebido não é mais possível, ou o que recebeu não mais a pode fazer, porque então se reembolsa o valor (mais geral o Código Civil alemão, § 818); brasileiro, arts. 967 e 968, e, quanto aos frutos, acessões e benfeitorias, art. 966); *b)* nos casos de extinção da propriedade da coisa móvel pela adjunção, comistão e confusão, em que, se o proprietário da coisa gravada adquire a compropriedade, os direitos continuam de existir sobre a parte que substitui a coisa, ou, se adquiriu toda, tais direitos se estendem sobre a coisa ajuntada; *c)* no direito expectativo do achador (art. 604), que passa da coisa ao preço apurado na venda em hasta pública (art. 606, cp. Código Civil alemão, §§ 966, 973, 975, 979 e 983); *d)* no caso de sinistro da coisa hipotecada, penhorada, sujeita à anticrese, renda ou outro direito real (arts. 762, § l~, 735, § 2ª, 745 e 748); e) no caso de desapropriação da coisa nas circunstâncias anteriores (arts. 738, 745, 748 e 762).

o caso em que, tornando-se impossível uma prestação, o devedor obtém ou pode obter, de outrem, indenização? Aí, o credor pode exigir o que aquele obteve ou a cessão dos seus direitos. Explícito, o Código Civil alemão, §§ 281, 323; só em principio não escrito, o brasileiro. 3erá crédito do lado do credor? ~Será ação nascida da *relação de obriga ção?* 3erá a própria *relação? Sub-rogação* é que não é. Na Alemanha, foi influxo da teoria do *com modurn.* 1(. Hellwig (§ 37) vê direito *novo,* e não *mudança;* mas verdade é que, antes do Código Civil alemão, se dava aplicação ao princípio da sub-rogação (F. Schollmeyer, ao § 281, E.

Windmúl]er, *Die Bedeutung und Anwendungsfãlle des Satzes* pretium succedit in locum rei, res in locum pretii *nach gemeinem Redil,* 101, Código Civil francês, art. 1.303: il est tenu. **.** de les céder à son créancier").

Os arts. 865, 2ª alínea, 868, 870 e 871 não nos permitem pensar na *sub-rogação real.* III) Casos há em que à pessoa, que tem certo direito, outro, novo, lhe *nasce,* em virtude da lei ou dos princípios gerais. Exemplos: *a)* no usufruto e nos direitos reais de garantia, se recaiem sobre certa parte do bem e a divisão se faz, passa (o Código Civil alemão, § 1.066, alínea 3ª, 1.258, alínea 3ª, diz „nasce", *gebuhrt)* o usufruto ou o direito real aos objetos que sucedem **à** parte do comproprietário;

b) pela prestação do devedor ao usufrutuário, adquire o credor a propriedade da prestação (salvo sobre imóveis, pois depende de

registro, art. 715, — é direito *real); c)* a posição jurídica do que pede o *seqOestro* dos bens sobre que litiga com fundamento na propriedade ou posse (em geral, o direito *nascido* da penhora).

No caso *a,* vêem os mais dos juristas ação pessoal, salvo Fuchs, nota 4 ao § 1.066, que sustenta ser *direito real,* adquirido *ipso iure* (contra, L, Enneccerus, H. Dernburg e A. Waller). No Brasil a opinião de Fuchs é que é acertada (cp. art. 631). O caso *b* é de direito *real* (L. Enneccerus, M. Greif). Mas *identidade* ou *novum?*

Cremos que identidade, porque se vê o direito real, *relação jurídica abstrata,* e não a coisa, ou o direito á coisa con *cretamente considerado.* No caso c, o direito não é *real.* O Código Civil alemão é diferente do brasileiro: há direito do achador à aquisição da propriedade da coisa achada (§§ 976 e 977). IV) Auto-evolver das coletividades de direito, particularmente dos patrimônios separados: *a)* pertence ao ativo social tudo que se adquiriu em virtude de direito, que caiba ao ativo social, ou como indenização da destruição, deterioração ou desvio de objeto que dele faça parte; *b)* o imóvel adquirido com a importância do dote, quando esse consistiu em dinheiro, será considerado dotal (art. 291); *c)* os bens adquiridos com valores pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares, não se comunicam (art. 269, 11, e o preceito toca ao patrimônio do cônjuge ou ao bem de per si; mas este caso se subsume naquele); *d)* são incomunicáveis os bens cuja aquisição tem por titulo causa anterior ao casamento (art. 282); *e)* os bens adquiridos com os valores deixados ao filho com exclusão do usufruto paterno, ou para fim certo e determinado, ficam livres do usufruto paterno (art. 390. 1 e li), bem assim os que se adquiram com os valores adquiridos pelo filho, antes do reconhecimento, ou em serviço militar, de magistério ou em qualquer outra função pública; fl os deixados com exclusão da administração paterna, ou quando os pais foram excluídos da sucessão (arts. 391, 1.602), também escapam ao usufruto paterno; g) o que se adquire em virtude de direito pertencente à herança, ou em virtude de indenização (perda, deterioração ou destruição da coisa), ou de ato jurídico tocante à herança, desta será parte.

4. *Operação sub-rogatória.* Na sub-rogação, dá-se a substituição jurídica de um bem a outro, de modo que o adveniente — seja de crédito, seja de indenização, seja imóvel ou móvel, que se substitui a bem da mesma ou de outra natureza — se submeta ao mesmo regime. Para que ela se dê, é preciso: *a)* que outro bem, — o novo ou adveniente, — entre no patrimônio, de onde um bem saiu; *b)* que exista patrimônio sujeito a regime próprio. Dentro de tais condições, é

possível pensar-se em princípio diretor da sub-rogação. Alguns autores explicam a sub-rogação como ficção legal (Aubry et Rau, IX, § 575, E. Flach, 1 Paulmier): *Subrogatum sapit naturam subrogati,* mediante os dois velhos adágios e a noção *(fictio!)* da fungibilidade dos elementos do patrimônio. Todo valor que entra em *universalidade de direito,* sub-roga-se, de pleno direito, ao que lhe cedeu o lugar. *In iudiciis universalibus, pretium succedit (oco rei, et res loco pretii.* Em se tratando de bens individualmente considerados, não poderia ser aplicado, de plano, o princípio da sub-rogação; seria preciso que, a respeito, houvesse lei especial ou declaração das partes. *In iudiciis singularibus, pretium non succedit loco rei, nec res loco pretii.* Mas a noção de fungibilidade nada tem de ver com a de sub-rogação. Seria caso de fungibilidade, se déssemos maior largueza à definição de coisa fungivel, porque a usual, a exata, não serviria; ou seria outra, ao lado da usual, a fungibilidade jurídica, o que não adiantaria ao propósito de definir a sub-rogação. Tal a teoria clássica, dominante até pouco na França e única de que tinham conhecimento os juristas brasileiros.

A sub-rogação não depende da unidade de sujeito e da pluralidade de patrimônios, *a)* Basta que haja bem submetido a destino especial, ou que se tenha de assegurar a restituição de massa de bens. *b)* sFora disso, sim, é que é preciso o texto especial. Não há *ficção:* existe *regramento jurídico,* como qualquer outro; destinado a fim especial um bem, o seu *valor* é o que importa (a respeito, foi decisiva a contribuição de E.

Windmoller, 2 s., ao mostrar a *generalização* do conceito de preço pela noção de *equivalente* ou *valor):* porque o destino jurídico concerne aos *valores,* e não aos objetos materiais, tanto assim que o preço do altar vendido, caso-tipo de destinação do objeto material, não se sub-roga ao altar. Ora, se concerne ao valor e com o valor se comprou o bem, nem o preço sucede no lugar da coisa, nem a nova coisa no lugar do preço: o *valor* toma outra *forma,* que é a do objeto novo. As formas passam, sucedem; o *valor* subsiste. Temos, pois, que existe *princípio da sub-rogação,* e só não o viam juristas, porque, em vez de analisarem as relações e induzirem, com exatidão, se apegavam aos adágios da glosa.

5. *Pressupostos e eficácia, a)* Uma vez que das relações se induziu principio, nada obsta a que, ainda na ausência de texto, se admita a sub-rogação. O Código Civil, nos arts. 269, 1, 228 e 293, parágrafo único, cogitou da sub-rogação; não o fez a respeito dos bens

parafernais: nem o precisava, porque se extraiu o princípio. *b)* Não é preciso que os bens submetidos à destinação especial constituam universalidade. Aqui, fica evidente a imprestabilidade científica da teoria clássica. Conjunto de bens ou bem singular, não importa; tampouco, que o conjunto tenha, ou não, o caráter de universalidade. O *valor* (preço, indenização etc.) do bem gravado para a caução *de modo servando,* ou qualquer outra, sub-roga-se ao bem vendido, ou incendiado. Para salvar os velhos adágios, alguns juristas consideram patrimônios, universalidades, tais bens singulares; mas seria identificar *universalidade* e *destinação a fim,* confundindo noções que, se coincidem em muitos pontos, outros há em que não se superpõem. A *subrogabilidade* abrange as duas, sem as apagar.

c) As consequências da sub-rogação são às vezes *absolutas* e *invariáveis,* outras vezes dependem, no tempo, de um fato, a sociedade conjugal, por exemplo; outras, só existem em relação a determinadas pessoas, ou para certas relações jurídicas. Exemplo: os casos do art. 762, § 1ª, onde a sub-rogação aproveita ao credor e a preferência a favor dele recai sobre a indenização e não passa ao bem comprado com essa. *d)* No caso de restituição de universalidade de bens, de um patrimônio, dá-se a sub-rogação para se saber o que tem de ser restituído. Diz-se que, aqui, não há a idéia de destinação jurídica, e sim a de *origem;* e só se tem por fito evitar que os dois patrimônios se confundam. Ora, jque é patrimônio senão conjunto *destinado?* A atribuição a uma pessoa também é destinação, — **d**estinação fundamental, que toca à personalidade, e) No caso de *restituição,* a sub-rogação depende da existência da destinação, *que* é *inerente* ao patrimônio em *relação aos outros.* Depende da relação em face do direito, nos casos em que seja patrimônio. Isso não quer dizer que dependa de lei especial (A. Henry, *De la .Subrogation rêcíle, conventionnelle et légale,* 1913, 319), como, sem razão, quer M. Picard *(Traité pratique de Droit Civil français* de Planiol-Ripert, III, 38); porque a destinação *jurídica* pode resultar da lei, ou não. Aliás, mesmo na França, R. Demogue (296 s.) e H. Capitant (Essai sur la subrogation réelle *Revue triniestrielle de Droit Civil,* 1919, 418) reagem contra a solução daqueles, — solução, digamos nós, que constitui resíduo do velho adágio da glosa: In iudiciis *singularibus, pretium non succedit loco rei, nec res loco pretii.* O Código Civil alemão constituiu passo além da teoria da sub-rogação e a generalização de *valor* já se refletiu, decisivamente, na doutrina francesa. 1) O preço, que se sub-roga ao bem, o crédito do preóc, as indenizações que podem ser devidas ou advindas de deterioração, desapropriação, o bem adquirido em troca, emprego (A. Henry, *De la Subrogation réelle, conuentionnelle et légale,* 1913, 319, 347) ou reemprego, — tudo isso pode constituir o valor adveniente. Tudo que

se adquiriu com *direito* que fazia parte do valor afeto ao fim. Mas *direito,* aí, é tudo que provém do valor ou nasce junto a ele, corpóreo ou não (A. Wieruszowski, *Handbuch,* II, 305, nota 13; L. Salamonski, *Das Vorbehaltsgut der Ebefrou beim gesetzlichen GVterstande des B.G.B.,* 32). Não importa se a aquisição se operou por força da lei ou se por força de negócio jurídico.

O

que se adquiriu em virtude de direito pertencente à sucessão ou como indenidade por destruição, deterioração, subtração do objeto, ou ato jurídico que se ligue à sucessão, *pertence à sucessão.* É o princípio da sub-rogação, aplicado aos patrimônios (art. 57). O crédito que se constituiu em virtude de tal ato jurídico pertence à sucessão; mas a compensação não se dá, se o devedor *não sabia* da ligação à herança. A boa-fé do devedor o exige.

Tudo que acima se disse aplica-se ao adquirido pelo possuidor da herança, pelo sucessivel ou pelo inventariante. O princípio da sub-rogação deixou, como se vê, de ser o grande *desconhecido,* a que se referia A. Waller *(Surrogation,* 22). *Pretium* succedit in *locum rei et res locum pretii, si hereditas interfuit* (sobre o adágio, E Windmoller, *Die Bedeutung und Anwendungsfàlle des Satzes* pretium succedit in locum rei, res in locum pretii nach gemeinem *Recht,* 1 s., R. Beyer, *Die Surrogation,* 5 s., W. Bellermann, *Der Erbschaftsanspruch bei Erbschaftsàusserungen,* 3 s.).

Capítulo IV

Bens públicos e destinação

§ 155. Uso dos bens públicos

1. *Conteúdo do art.* 66. Os bens de que cogita o art. 66, 1. são as coisas públicas em senso estritíssimo, porque quem quer que seja tem acesso ao uso delas. Em senso estrito, elas e as de que se fala no art. 66, II, são as coisas públicas, porque ou o uso toca a qualquer pessoa, ou foram destinadas a algum serviço ou obra administrativa. Porém tal sentido engloba duas classes, de modo que se apaga a separação entre elas, que é exatamente a titularidade do uso. O que se destina a fim administrativo não é, por definição, destinado a todos. Os bens, de que se cogita no art. 66, 111, distinguem-se entre si por seu valor de capital. Os de que trata o art. 66, 1 e II, pelo valor do seu uso imediato, ali, de todos, aqui, de administração. Os bens do art. 66, 1, são utilizáveis por todos (ruas, praças, pontes, estradas, bancos de jardim, relógios públicos); os do art. 66, II, só se destinam a certa execução de serviço público (escolas, hospitais, fortificações, cemitérios, canhões *e* outras armas, repartições públicas). A linha discretiva entre os bens do art. 66, 1, e os do art. 66, II, nem sempre é fácil de se determinar.

Os dois conceitos, de bem particular e de bem público, não correspondem, exatamente, à precipuidade da satisfação dos interesses privados, ou públicos. Há caminhos abertos ao público que pertencem a particulares e deveres e obrigações de direito público que se integram no conteúdo do direito de propriedade e, pois, o limitam. O problema de se distinguirem os bens particulares e os bens públicos é, pois, de solução *o posteriori.* Cada sistema jurídico diz quais são os bens públicos. Tanto quanto o outro problema, inconfundível com esse, de se precisar dentro de quais limites fica o direito de propriedade, quais os deveres e obrigações que se lhe impõem. A propriedade privada, individual, de conteúdo preciso, se bem que *a posteriori,* primeiro surgiu para os bens móveis. Os bens imóveis estavam sujeitos a inúmeras exigências e poderes do Estado. Hoje, o direito de propriedade permite que o seu titular proceda, em relação à coisa, como entenda, *desde que não* se *oponha à lei,* ou não *fira direitos de outros.*

2. *Dever de cuidar.* Os bens do art. 66, 1, podem ser utilizados livremente, sem autorização especial da autoridade pública, que apenas tem o dever de velar por eles. Não é autorização especial a

taxa de conservação, ou de pagamento do custo, ou destinada a algum melhoramento *(e.g.,* arborização, jogos, piscina). As regras de direito público que incidem são concernentes ao uso e dentro do conceito de circulação ou de utilização pública. São também de direito público as regras jurídicas que dizem como se substituem, como se alteram, ou como perdem a categoria de bens do art. 66, 1, os que foram postos na sua classe. Nos países democráticos, tal substituição, alteração ou desclassificação depende de lei feita pelos eleitos pelo povo: as autoridades administrativas não podem resolver a respeito, a líbito, e pode haver a autorização, não, porém, no Brasil, a delegação legislativa, se se compõe suficientemente suporte fático à incidência das regras jurídicas que a pré-excluem (Constituição de 1988, art. 68, § 12). Quanto às *mãos* (lado por que se vai, lado por que se vem; ou uma só direção), é de entender-se que, salvo regra jurídica especial, à autoridade administrativa é que toca determiná-la, dando-lhe, porém, a publicidade necessária, e assumindo, pelo fato das mudanças, a responsabilidade pelos atos danosos que a falta de publicidade ou aviso cause.

No art. 68, diz-se: "O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito, ou retribuído, conforme as leis da União, dos Estados ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem". Aqui, não se fala de bens de uso comum, mas sim de uso comum de bens públicos *lato sensu.* Os bens de que fala o art. 66, 1, são, pela destinação, bens de uso comum, bens de todos usáveis por todos; os bens de que fala o art. 66,11, são de uso especial, ou por serem destinados a serviço ou estabelecimento estatal, ou por terem utilizabilidade objetivamente especial, de que é exemplo o uso comum do balneário do Estado, que pode ser gratuito ou retribuido (art. 68); os bens dominicais também podem ter usabilidade por todos, se a lei o estabelece, como se as terras pertencem ao Estado (art. 66, 111), sem serem destinadas a uso especial (art. 66, II), e se regulou a caça, ou a pesca (cp. arts. 599-602, 592 e 593), ou os simples piqueniques, dentro dos seus limites. O art.

68 é regra de direito administrativo, heterotópica; não a tinha de inserir o Código Civil; inseriu-a porque tal atitude tivera, na *Nova Consolidação,* art. 197, § I, Carlos de Carvalho, que pensara no pedágio, na taxa de itinerário, na taxa de ancoragem e noutras taxas de uso.

3. V *ias públicas por ato de particulares.* Os proprietários podem estabelecer via pública, ou, a título precário, se e enquanto lhes

convier, ou permanentemente. Numa e noutra espécie, é de mister a autorização do Estado (autoridade municipal, ou estadual, ou federal, conforme o caso); salvo se a circulação a título precário foi por ato dos interessados nela, que somente pode ser proibido pelos proprietários ou pela autoridade pública. A destinação permanente ao uso comum pode ser restrita ao uso (geral, ou especial): ou por transferência (art. 589, 1 e § 1ª); ou pela renúncia da propriedade (art. 589, II e § 1)), pois a entrega ao uso comum seguida da renúncia cria situação de apropriação pelo povo. Também pode sobrevir o abandono (art. 589, 111 e § 2ª), com a arrecadação. Então, o Estado, dez anos depois, se fará dono, respeitada a destinação do uso, anterior à arrecadação.

A via não se pode tornar pública sem que a autoridade pública a destine ao uso de todos, ou ratifique a destinação feita pelo proprietário, ou admitida por esse. A supressão do uso comum, em destinação permanente, depende de lei, salvo autorização legal ou se for a titulo precário. O fato de usar o público a via em bem do art. 66,11 ou 111, não lhe imprime o caráter de via pública; nem perde o caráter de via pública a que o era e passou a não ser usada pelo público. Se a destinação pública foi legalmente estabelecida e a lei acorde com a Constituição, ato de direito privado não pode afastá-la, e o próprio ato administrativo tem de ser acorde com a lei e a Constituição. O Ministério Público pode objetar com a alegação de destinação pública, ainda na ação de reivindicação intentada pelo proprietário.

De regra, para que se dê a destinação, é preciso que a autoridade pública possa dispor do bem, ou tenha nela consentido o dono dele. É questão de interpretação se o proprietário transferiu a propriedade correspondente ao caminho *(e.g.,* dividiu o prédio em dois, entremeando o caminho), ou se apenas consentiu em que se estabelecesse a servidão. Tal servidão depende de negócio jurídico que se registre, ou da aquisição segundo os arts. 698 e 551. Os arts. 710, III, e 711 não incidem, em se tratando de servidão que se inclua no art. 66, 1.

(Alguns administrativistas falam, aí, de servidão de direito público, mas superfluamente: o conceito é de direito civil, e apenas sofre a limitação resultante da incomercialidade do bem, segundo os arts. 67 e 69). No direito brasileiro, todas essas questões são de apreciação judiciária, por força do art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988.

4. *Alteração, substituição e supressão da via pública.* A lei é que pode suprimir, alterar ou substituir a via pública, ou outro bem público de uso comum. As ruas, por exemplo, não somente servem para a circulação como para alinhamento dos quarteirões e outras determinações urbanisticas. De jeito que a própria lei pode ferir direitos dos particulares e de entidades de direito público. Quando se dá a destinação da rua, ou da praça, à circulação pública, tem-se de determinar a largura e o comprimento, com as mais indicações sobre donde podem começar as construções. Se não há lei especial sobre uniformidade de construção, ou sobre alinhamento das construções, há-se de entender que só se não permitiu construir por sobre as calçadas ou por sobre a faixa de terreno a elas destinada (= podem as construções começar aquém da linha extrema do terreno). A construção e conservação das ruas e estradas incumbem aos Municipios, salvo regra juridica especial que o atribua à União, ou ao Estado Federado, ou estabeleça taxa de construção ou de conservação, ou o entregue a certo círculo de particulares interessados, que se obriguem à construção e à conservação, ou só à conservação, no todo ou em parte (preparação de calçadas e limpeza das calçadas, a cargo dos moradores contíguos). Também pode dar-se que a lei atribua a conservação a pessoa, ou pessoas, que, pela particularidade do uso, sejam causadoras de deterioração ou de sujidade *(e.g.,* fábricas, garagens, minas, estrebarias), encargos ditos *encargos precipuais (Prãzipuallasten)*.

5. *Águas públicas.* As águas públicas podem ser no sentido do art. 66, 1, ou no sentido do art. 66,11, ou no sentido (impróprio) do art. 66, III. No sentido do art. 66, 1, águas públicas são as de uso comum como os mares, rios, lagos e lagoas; e o sentido de bem da União e bens do Estado Federado, nos arts. 34, 1, e 35 da Constituição de 1946, de modo nenhum significava que a água pertencesse à classe do art. 66, II, e não à classe do art. 66, 1: apenas, naquelas duas regras jurídicas constitucionais, se discriminava — no plano do direito constitucional — a competência da União e a competência do Estado Federado. As águas públicas são de uso comum, ou não.

a)

São de uso comum: a) os mares territoriais, nos mesmos incluídos os golfos, baías, enseadas e portos (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, arts. 1ª e 2ª, *a;* Código Civil, art. 66, 1, *verbo* “mares”); *b)* as

correntes, canais, lagos e lagoas navegáveis ou flutuáveis (Decreto nº 24.643, art. 2ª, *b),* salvo os lagos e lagoas situados num só prédio particular, e por ele exclusivamente cercado, quando não sejam alimentados por alguma corrente de uso comum (Decreto nº 24.643, art. 2ª, § 39 ou, por igual, se situados em prédio do art. 66, II; *c)* as correntes que derivem de tais águas (Decreto nº 24.643, art. 2ª, c); *ci)* as fontes e reservatórios públicos (Decreto nº 24.643, art. 2ª *d);* e) as nascentes, quando forem de tal modo consideráveis que, por si só, constituam o *caput flurninis* (Decreto nº 24.643, art. 2ª, *e);* fl os braços de quaisquer correntes públicas, desde que os mesmos influam na navegabilidade ou flutuabilidade (Decreto nº 24.643, art. 2ª, fi.

Diz-se feita por outra a corrente navegável, ou flutuável, quando se torna navegável, ou flutuável, pela água que recebe de outra (Decreto nº 24.643, art. 2ª, § 1ª). Por perícia determinam-se quais as correntes que fazem os lagos e as lagoas, navegáveis ou flutuáveis (Decreto nº 24.643, art. 2ª, § 2ª). Só se tem por águas públicas as águas perenes, salvo se apenas secam nos estios fortes (Decreto nº 24.643, art. 3º), A corrente navegável, ou flutuável, não perde o caráter de água pública, porque algum ou alguns dos seus trechos não são navegáveis ou flutuáveis (Decreto nº 24.643, art. 4º), Também são águas públicas, de uso comum, as situadas em zonas assoladas pelas secas (Decreto nº 24.643, art. 59. A água co.-tente, em si mesma, não é apropriável, de modo que o direito público enche o branco que o direito privado deixa. O leito do rio, ou do riacho, não; é apropriável e, pois, regido pelo direito civil. Do direito de propriedade do leito resulta o dever — de direito público — de manter o leito em estado normal, salvo se a legislação de direito público o passou ao Estado (União, Estado Federado, Municípios) ou alguma entidade mais interessada.

b)

As águas subterrâneas são *res nullus;* uma vez captadas, pertencem ao proprietário do solo (cp. Código Civil suiço, art. 704, alínea 3ª, que considera parte do fundo a água subterrânea, àdiferença da legislação austríaca e da brasileira, que a tem como *res nullus,* A. Randa, Die Rechtliche Behandlung des Grund-wassers, *Festschrift for* Franz Klein, 359 s.). No art. 98, o Decreto nº 24.643 estatuiu: “O dono de qualquer terreno poderá apropriar-se por meio de poços, galerias etc., das águas que existam debaixo da superfície de seu prédio, contanto que não prejudique aproveitamentos existentes, nem derive ou desvie de seu curso natural águas públicas dominicais, públicas de uso comum ou particulares”. No parágrafo único: “Se o aproveitamento das águas subterrâneas, de que trata este artigo, prejudicar ou diminuir as águas

públicas dominicais, ou públicas de uso comum, ou particulares, a administração competente poderá suspender as ditas obras e aproveitamentos". Tal ato administrativo, que tem de ser baseado em perícia, não fica imune à apreciação judicial, se ofende direito do dono do solo (Constituição de 1988, art. 5º, XXXV).

As correntes que desaparecem, em certa extensão, do solo, e reaparecem adiante, não deixam de ser de uso comum, se na origem o são. Outrossim (Decreto nº 24.643, art. 100), "as correntes que desaparecerem, momentaneamente, do solo, formando curso subterrâneo, para reaparecer mais longe, não perdem o caráter de coisa pública de uso comum, quando já o eram na sua origem".

As águas correntes são inapropriáveis e de uso comum, se não navegáveis, ou flutuáveis, e se com elas não se fazem águas navegáveis ou flutuáveis. E isso o que se há de ler no art. 7º do Decreto nº 24.643: "São comuns as correntes não-navegáveis ou flutuáveis e de que essas se não façam".

c)

São águas públicas de uso especial as que forem destinadas a algum serviço do Estado (art. 66,11) ou por serem utilizáveis exclusivamente por ele, ou por terem sido de uso comum e a lei haja especializado a utilização (Código Civil, art. 67; Decreto nº 24.643, art. 32).

d)

São públicas dominicais (no sentido do art. 66, III) "todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não forem do domínio público de uso comum, ou não forem comuns" (Decreto nº

24.643, art. 6ª), ou subterrâneas (arg. ao Decreto nº 24.643, art. 96), ou públicas de uso especial (Código Civil, art. 66, II).

6. *Uso comum de águas.* O uso comum das águas é qualidade jurídica do objeto (R. von Jheríng, Die passive Wirkung der Rechte, *Jahrbocher for die Dogmatik,* X, 387 si. Todos podem utilizar essa qualidade das águas de uso comum, desde que, na utilização, não causem danos a outrem pelas não mais poder utilizar, ou só as poder utilizar em

inferioridade com o utilizador (Código Civil, art. 160, 1, 2ª parte). Discordam os juristas sobre se tratar de direito subjetivo, ou não. Negativamente, J. Biermann *(Die ãffentlichen Sache,-,,* 44) e outros; afirmativamente, com razão (O. von Gierke, *Deu tsches Privatrecht,* II, 24 s.). Tem-se procurado ver ai simples direito público subjetivado dos habitantes de ter acesso às instituições públicas submetidas ao uso geral, porém ocaso das águas de uso comum é diferente: quanto a elas, dono *á* o povo, e comum o uso; dando-se a cada aproveitamento apropriação do que se subtrai à corrente.

O conteúdo da usabilidade depende da natureza da água de uso comum; *e.g.,* água potável, água para lavagem de roupa, água canalizável, água para navegação ou flutuação.

§ 156. Águas e margens

1. *Conceito* e *espécies de águas.* Água é, em direito, todo líquido que tem a composição química da água. As águas, como os demais bens, ou são *(o)* particulares (= do patrimônio das pessoas de direito privado, ou público, que não são as de direito politico); ou são (E,) públicas, de uso especial ou não (art. 66, II e 111), chamadas, como as seguintes, públicas; ou são *(c)* pertencentes, por direito público, a todos os habitantes; ou são *(d)* sem dono *(res nullus),* por serem apropriáveis (conceito de direito privado) e não estarem apropriadas.

(o) São águas particulares: a) as águas subterrâneas que foram apropriadas, por meio de poços, galerias ou outros reservatórios, ou aparelhos de captação; *b)* as águas pluviais que caem sobre os prédios particulares, salvo as limitações legais; *c)* as águas dos lagos e lagoas não-navegáveis, nem flutuáveis, nem por outra razão incluídas nas classes das águas a que se referem *(b), (c),* ou *(d).* Diz o art. 82 do Decreto nº 24.643:

“São particulares as nascentes e todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns Portanto, a água só é particular quando não se inclui em (b), *(c)* ou *(d),* o que é tautologia; a água também só é *(b),* se não se inclui em *(o), (c),* ou *(d),* e só é *(c),* se não se inclui em (o), *(b),* ou *(d),* e só é

(d), se não se inclui em (a), *(b),* ou *(c).* No entanto, a ordem para a verificação é assaz relevante: a água há-se de entender pertencente, de direito público, ao povo, se não há obstáculo jurídico ao acesso; para que se deixe de considerar como tal, é preciso que o Estado ou o particular prove que se inclui em *(b),* ou *(a).* A discussão sobre se se trata de *(c),* ou de *(d),* só se põe no que concerne à apropriabilidade, e não no tocante ao uso; porque as águas (c) e as águas *(d)* são usáveis por todos.

O

proprietário do imóvel pode usar das águas existentes no imóvel, ou por serem subterrâneas, ou, por outra razão, *nullus,* ou por serem nascentes ou águas situadas em tais terrenos e não estarem, por algum motivo, incluídas na classe das águas comuns de todos, ou das públicas de uso especial (art. 66, 11).

(b) As águas pertencentes ao Estado o são por direito privado, tão-só, e a diferença entre elas é derivada da destinação (art. 66,11 e III). A água do lago interno do Palácio do Itamarati pertence, de direito privado, à União. O art. 20, III e VI, da Constituição de 1988 discrimina águas que são do domínio federal, —

discriminação que não é somente da dimensão constitucional e administrativa.

No art. 29,1, o Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, disse que "as águas públicas de uso comum pertencem à União: *a)* quando marítimas; *b)* quando situadas no Território do Acre, ou em qualquer território que a União venha a adquirir, enquanto o mesmo não se constituir em Estado, ou for incorporado a algum Estado; *c)* quando servem de limites à República com as nações vizinhas ou se estendam a território estrangeiro; *d)* quando situadas na zona de 100 quilômetros contígua aos limites da República com essas Nações; *e)* quando sirvam de limites entre dois ou mais Estados". O problema maior consiste em se saber qual o significado de "pertencem": se se trata de ser a União o titular do direito de propriedade, ou ser, apenas, o titular do direito público sobre essas águas públicas. Noutros termos: se se trata de *res comn-iunes omnium* (art. 66,1), ou de *res publicce,* no sentido estrito (art. 66, 11). O Código Civil discriminou-as, mas somente quanto ao uso (art. 66, 1 e II). Há três teorias: (o) a do direito romano, para o qual toda a propriedade sobre a costa do mar, até onde vai a maré alta, não pertencia, no sentido do direito privado, a

ninguém, daí a apropriabilidade pela instalação; *(b)* a da propriedade privada do Estado; (c) a da propriedade pública. A favor de *(b)* há o art. 65, 1ª parte, do Código Civil: "São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios". Contra, o art. 66, III, onde, ao se falar dos bens

"dominicais", se disse serem "os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades". Portanto, não há, necessariamente, relação de direito privado, em que seja titular do direito o Estado, quanto aos bens do art. 66, 1. Quanto a (a), o *populus* Romanus era senhor das *res publicae* (populicae), que se distinguiram das *res privatae;* sem que o *populus Rornanus* fosse pessoa privada, ou, até, pessoa. Dai a identificação: coisa do *populus Romanus,* coisa de todos; o que por direito público pertence a todos, a ninguém, por direito privado, pertence. Só assim se pode entender que, na L. 1, *pr,* D., *de divisione rerum,* 1, 8, de Gaio se tenha o que lá está (quae publicae sunt, nuílius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur), e Ulpiano haja escrito *(Regulae,* 22, 5): "Nec municipia nec municipes heredis institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant". Quando cessou a identificação entre povo e Estado, passou a ser assaz importante saber-se se as águas públicas eram do povo ou do Príncipe, do *patrirnonium Caesaris.* As *res* communes *omniurn* continuaram de ser inapropriáveis; diminuiu o número delas. Pertenciam e pertencem hoje, de regra, a todos, à população, ao povo. As outras, que passaram ao Príncipe, escaparam do poder de todos, do poder do *incertum corpus* (cujos membros, pela morte, ou pela ausência, ou pelos nascimentos e chegadas, mudam sempre). O Código Civil brasileiro manteve a igualdade de trato, quanto ao uso, entre os mares, rios, estradas, ruas e praças (art. 66,1). A Constituição de 1988, arts. 20, III e Vi, e 26, 1, discriminou, privatisticamente, bens da União e bens dos Estados Federados, no tocante a lagos, rios, correntes de água, ilhas fluviais e lacustres e terras das fronteiras. A enumeração do art. 29, 1, do Decreto nº 24.643 não é privatística. Seria absurdo interpretar-se que as águas do mar são propriedade do Estado, ou que o sejam as que venham a ser situadas em Territórios, ou as que servem de limites com os Estados vizinhos, ou se estendem a território estrangeiro, ou que o sejam as águas situadas nas zonas de cem quilômetros (pelo Decreto-Lei nº 852, de 11 de novembro de 1938, art.

2ª, V, cento e cinqUenta) contíguas aos limites do Brasil com os outros Estados (regra jurídica anterior ao art. 34, II, da Constituição de 1946), ou que o sejam as águas que sirvam de limites a dois Estados

Federados ou outras unidades políticas, ou que percorram parte de divisas ou mais unidades políticas, sem que tenham nascente e foz na mesma unidade política. Tal direito da União é público. Nada tem com o direito de propriedade; pode coexistir com o direito de propriedade de outrem, sempre que, in *casu,* a água seja apropriável. O Estado (a União) pode ter aquele direito público e o de propriedade, se apropriável a água.

Pode ele, então, destiná-la, ou não, ao uso comum (art. 66, 1), ou ao uso (público) especial (art. 66, II), ou ao uso privado (art. 66, III).

O

Decreto-Lei nº 852, de 11 de novembro de 1938, art. 20, l-V, desceu ao direito privado e estatuiu que pertencem à União, no plano do direito privado (como direito de propriedade), as "águas dos lagos, bem como dos cursos de água em toda a sua extensão que, no todo ou em parte, sirvam de limites do Brasil com paises estrangeiros" (art. 2ª, 1), "as águas dos cursos de água que se dirijam a países estrangeiros ou deles provenham" (art. 20, II), as águas "dos lagos, bem como dos cursos de água, em toda a sua extensão, que, no todo ou em parte, sirvam de limites" a Estados Federados, Distrito Federal ou Territórios (art. 2ª, III), sendo de notar-se que a propriedade seria federal, porque o enunciado cabe no art. 34, 1, 2ª parte, *uerbis* "que banhem mais de um Estado" (= Estado Federado), as águas "dos cursos de água, em toda a sua extensão, que percorram territórios de mais de um Estado brasileiro" (art. 2ª, IV), "as águas dos lagos, bem como dos cursos de água existentes dentro da faixa de cento e cinqUenta quilômetros ao longo das fronteiras" (art. 2ª, V). A indispensabilidade da zona é fixada por lei. Foi de cem quilômetros a faixa (Decreto nº 24.643, de 10

de julho de 1934, art. 29,1, *d);* passou a ser de cento e cinqUenta (Decreto-Lei & 852, de 11 de novembro de 1938, art. 2ª, V). Pode ser estendida, por desapropriação, se as terras não são sem dono. Dessas águas algumas são destinadas ao uso comum, sem entrarem na classe *(c).* Por exemplo, as de que fala o art. 3º do Decreto-Lei nº 852: "São públicas de uso comum, em toda a sua extensão, as águas dos lagos, bem como dos cursos de águas naturais, que, em algum trecho, sejam flutuáveis ou navegáveis por tipo qualquer de embarcação". Todavia, a legislação especial da zona de segurança pode pré-excluir a incidência do art. 3º do Decreto-Lei nº 852.

A polícia da União é independente, ai, da propriedade, isto é, de terem donos, ou não, as terras, de serem do Estado Federado, ou de algum particular, ou adéspotas, ou comuns a todo o povo. O legislador entendeu que as terras devolutas, na zona de segurança, deviam passar à União, *ipso iure;* melhor seria que tivesse redigido regra jurídica à parte, para não incorrer no erro de falar de domínio quando teria de ressalvar a jurisdição. Seja como for, sobre a zona de segurança há jurisdição federal, ao lado do Estado Federado, ou do Território; se a terra ou água é devoluta, passou, a 18 de setembro de 1946, à União, como bem público de uso especial (Código Civil, art. 66, II), ou não (art. 66, III); se particular, pode ser desapropriada pela União, e não pelo Estado Federado, ou pelo Território. Para que o Estado Federado ou o Território ai possa ser proprietário depende de ato de aquisição permitido pelas leis, inclusive lei de desapropriação.

(c) As águas pertencentes, por direito público, a todos, são as marítimas (incluídas as dos golfos, baías, enseadas e portos), as águas dos lagos ou dos cursos de águas naturais, que, em algum trecho, sejam flutuáveis ou navegáveis por um tipo qualquer de embarcação (Decreto-Lei nº 852, art. 3º), as correntes de que se façam essas águas (Decreto nº 24k43, art. 2ª, *c),* as nascentes quando forem de tal modo consideráveis que, por si só, constituam o *caput flurninis* (Decreto nº 24.643, art. 2ª, *e),* os braços e quaisquer correntes públicas, desde que os mesmos influam na navegabilidade ou flutuabilidade (Decreto nº 24.643, art. 2ª, fi.

Nas Ordenações Filipinas, Livro II, Titulo 26, § 8ª, falou-se dos "rios navegáveis" e dos "de que se fazem os navegáveis, se são caudais, que corram em todo o tempo", para se dizer que, "posto que o uso dos rios seja igualmente comum a toda a gente, e ainda a todos os animais, sempre a propriedade deles fica no patrimônio real". Hoje, a distinção entre o direito público sobre a coisa de uso comum e a propriedade do Estado, depende de lei ordinária. O Código Civil, acertadamente, não entrou nesse assunto: só lhe incumbia tratar da *propriedade.*

2. Águas *comuns.* Quanto às águas comuns do art. 71 do Decreto nº 24.643, havia, no direito anterior, discrepância das doutrinas: (ci) uns entendiam que pertenciam aos donos dos prédios por elas banhados ou atravessados; *(b)* outros excluiam que estivessem apropriadas, seriam adéspotas *(res nullus); (c)* outros sustentaram pertencerem ao Estado ou outra entidade de direito público constitucional (sobre isso,

Guilherme Alves Moreira, *As Águas no Direito civil português,* 74-88, 337 sã; *(d)* outros que pertenciam ao povo. A solução histórica e sistemática é a que as tem por sem dono. São águas comuns: a) as correntes não -

navegáveis, nem flutuáveis, nem formadoras de correntes navegáveis ou flutuáveis (Decreto nº 24.643, art.

7º), inclusive as correntes que atravessam ou banham prédios confinantes ou próximos (Decreto nº 24.643, art. 71); *b)* as águas (correntes ou nascente) para as quais haja caminho público, se necessárias à vida (Decreto nº 24.643, art. 34). A adespotia, a qualidade de *res nullus,* de tais águas, não impede que delas se apropriem, dentro dos limites legais, os interessados. Não se confundem elas com as correntes e águas de domínio comum ou correntes e águas em condomínio, que são apropriadas e particulares.

3. *Margens, bem público, e margens, bens particulares.* Quanto às margens dos rios, lagos e lagoas navegáveis, ou são bens públicos de usa comum, ou são bens públicos dominicais, ou pertencem a partIculares. O critério para se verificar se a margem é particular é o do exame do título. O que, na vigência da Constituição de 1934, não era do domínio particular, continuava bem público, sem se poder pensar em qualquer usucapião. Se era do domínio particular, continuou de o ser, salvo se houve renúncia, ou abandono (Código Civil, art. 589, II e III, e §§ 1ª e 2ª), ou desapropriação (art. 590), ou publicização da propriedade particular (art. 66, III). Sendo do domínio público, sem ser de uso comum, ainda assim só tem a União, o Estado Federado, o Distrito Federal, o Território ou o Município, conforme a titularidade, o direito de trânsito para os agentes da administração pública, quando em execução de serviço. Titular de tal direito é o titular do direito sobre o rio ou lago navegável (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, art. 12, combinado com o art. 14). No art. 11 do Decreto nº 24.643, disse-se: „São públicos dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum, ou por algum título legítimo não pertencerem ao domínio particular: 12

os terrenos de marinha; 2ª os terrenos reservados nas margens das correntes públicas de uso comum, bem como dos canais, lagos e lagoas da mesma espécie. Salvo quanto às correntes que, não sendo navegáveis nem flutuáveis, concorrem apenas para formar outras simplesmente flutuáveis, e não-navegáveis. § **jP** Os terrenos que estão em causa serão concedidos na forma da legislação especial sobre a

matéria. § 2ª Será tolerado o uso desses terrenos pelos ribeirinhos, principalmente os pequenos proprietários, que os cultivem, sempre que o mesmo não colidir por qualquer forma com o interesse público". No art. 12, acrescentou-se:

"Sobre as margens das correntes a que se refere a última parte do nº 2 do artigo anterior, fica somente, e dentro apenas da faixa de 10 metros, estabelecida uma servidão de trânsito para os agentes da administração pública, quando em execução de serviço". Mas, no art. 14, estatuiu-se: "Os terrenos reservados são os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 metros para a parte de terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias". ~Como se hão de conciliar o art. 12 e o art. 14? Aquele, referindo-se ao art. 11, 2ª, cogitou de servidão; esse definiu terrenos reservados. A Lei nº

1.507, de 26 de setembro de 1867, art. 39, falava de sete braças que se reservavam para a servidão pública; o Decreto nº 4.105, de 22 de fevereiro de 1868, art. 1ª, § 2ª de "terrenos reservados para a servidão pública". A terminologia era lamentável, porque se falava de servidão na coisa própria e se limitava o uso pelo titular do direito. Foi essa terminologia que o Decreto nº 24.643 herdou. Abstraíamos dos termos impróprios. O que o Decreto nº 24.643 estabeleceu foi que, nos terrenos que não sejam particulares, nem de uso comum do povo, a entidade de direito público somente tem o direito de trânsito para os seus agentes, se em serviço, o que constitui limitação do direito de propriedade pública. Se as margens eram particulares ao tempo da Constituição de 1934, não pode a entidade exercer *o* trânsito, por seus agentes em serviço (4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de abril de 1945, *RT* 157/691). Então, rege o art. 54 do Decreto nº

24.643: "Os proprietários marginais de águas públicas são obrigados a remover os obstáculos que tenham origem nos seus prédios e sejam nocivos aos fins indicados no artigo precedente". A 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 29 de maio de 1939 *(RT* 122/72), tirou, com todo acedo, as seguintes ilações:

"...a administração pública só fará a remoção dos obstáculos quando, intimados os proprietários, não cumprirem a obrigação. Não lhe é permitido, por deliberação própria, e sem audiência judiciária, invadir a propriedade particular para efetuar o corte de madeiras". Se as margens eram bem público, bem público continuam de ser: nelas não se pode estabelecer propriedade, nem posse, salvo por ato do Estado, que daquela e dessa, ou somente dessa disponha; não há usucapião. Se as margens eram bem particular ou continuam de ser bem particular

de quem era dono, ou seus sucessores, ou ocorreu renúncia, ou abandono, ou desapropriação, ou publicização da propriedade particular (art. 66, III).

4. *Medidas administrativas nas margens dos bens públicos.* Se as margens são bem público, — ou são de uso comum do povo (art. 66, 1), ou são de uso especial, ou são dominicais. Se são de uso comum do povo, o Estado pode tomar as medidas administrativas compatíveis com a destinação, desde que não turbe ou não exclua o uso comum do povo. Se as margens são de uso especial, o uso especial é que determina o conteúdo do direito do Estado quanto às medidas administrativas: se essas turbam ou excluem o uso especial, o problema é de direito administrativo, quanto a se saber como se pode dar a ingerência da autoridade administrativa fora do uso especial e além do que se permite no art. 12 do Decreto nº 24.643, ou como se pode desespecializar o uso. Se as margens são bem público dominical (art. 66, lii), então incide o art. 12 do Decreto nº 24.643, que restringe o uso da propriedade à própria entidade pública dona das margens. Se as margens são bem particular, o art. 12 não incide: incidem os arts. 53-57 do Decreto nº 24.643. Diz o art. 53:

"Os utentes das águas públicas de uso comum ou os proprietários marginais são obrigados a se abster de fatos que prejudiquem ou embaracem o regime e o curso das águas, e a navegação ou flutuação, exceto se para tais fatos forem especialmente autorizados por alguma concessão". Trata-se, quanto às margens, de caracterização do conteúdo do direito de propriedade particular das margens e consequente alusão ao ato-fato ilícito que pode resultar do mau uso ou não-vigilância da propriedade. Se o dano proveio de fato ocorrido nas margens particulares, não se precisa do elemento da culpa (Decreto nº 24.643, art. 53, *verbis* "de fatos que prejudiquem ou embaracem"; e art. 56, *verbis* "dano que causarem"). Não se exige que o fato resulte do uso.

O art. 53 refere-se a utentes das águas públicas de uso comum e aos proprietários marginais, e não a utentes da propriedade marginal. O proprietário não é responsável pelo fato de que não foi causa ato positivo seu ou omissão sua *(e.g.,* obstrução por desabamento de terras inundadas), mas é responsável, ainda sem culpa, pelo fato cuja causa foi ato seu, positivo ou negativo. Responde, portanto, pelo ato-fato ilícito. Tal responsabilidade é pré-excluída pela concessão que permita tais atos positivos ou negativos. Todavia, a concessão não pré-exclui a responsabilidade pela culpa (ato ilícito absoluto, Código Civil, ads.

159 e 160).

No parágrafo único, estatuiu o Decreto nº 24.643, art. 53: "Pela infração do disposto neste artigo, os contraventores, além das muitas estabelecidas nos regulamentos administrativos, são obrigados a remover os obstáculos produzidos. Na sua falta, a remoção será feita à custa dos mesmos pela administração pública". O

ato-fato jurídico dá ensejo: a) à imposição de muitas, conforme os regulamentos administrativos; *b)* à cominação para remoção dos obstáculos a que o art. 53 se refere, judicialmente, de acordo com o Código de Processo Civil, ads. 287 e 461 (a intimação administrativa é suscetível de dar causa a mandado de segurança ou outro remédio para a apreciação judicial do ato administrativo, com fundamento no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988); *c)* à indenização (Decreto nº 24.643, art. 56). Se o proprietário não atende ao preceito, a entidade pública pode proceder à remoção, à custa do cominado (Decreto nº 24.643, art. 53, parágrafo único). Os arts. 934, III, e 936, I-III, do Código de Processo Civil são invocáveis, pela entidade pública ou, pelo demandado, o art. 940.

Se o fato danoso não é ato-fato, incide o art. 55 do Decreto nº 24.643: "Se o obstáculo não tiver origem nos prédios marginais, sendo devido a acidentes ou à ação natural das águas, havendo dono, será este obrigado a removê-lo, nos mesmos termos do artigo anterior; se não houver dono conhecido, removê-lo-á a administração, à custa própria, a ela pertencendo qualquer produto do mesmo proveniente". "Não tiver origem nos prédios marginais", isto é, não for causado por ato ou omissão dos donos dos prédios marginais, nem produzido nos prédios marginais. O fato de que não foi causador o dono cria a esse o *dever de remoção;* daí em diante, a responsabilidade dele é pelo ato-fato ilícito, negativo (omissão de remover). Assim, nessas espécies do Decreto nº 24.643 há responsabilidade pelo ato-fato ilícito negativo, —quer quanto à remoção, quer quanto à indenização; de modo que se pode dar: a) a imposição de multas (arts. 54, parágrafo único, e 55, *verbis* "nos termos do artigo anterior"); *b)* a cominação para a remoção, nos termos dos arts. 53, parágrafo único, 54 e 55; c) a indenização, ainda sem culpa (art. 56).

5. *Indenização pelos proprietários das margens.* Os proprietários das margens respondem como quaisquer proprietários *(e.g.,* ads. 554, 564, 578 e 584-587) e pelo ato ilicito absoluto (ads. 150 e 160). Também

pelo ato-fato juridico, nas espécies dos arts. 53-57 do Decreto nº 24.643. Diz o art. 56 do Decreto nº 24.643:

"Os utentes ou proprietários marginais, afora as multas, serão compelidos a indenizar o dano que causarem pela inobservância do que fica exposto nos artigos anteriores". No art. 57 estabelece-se: "Na apreciação desses fatos, desses obstáculos, para as respectivas sanções, se devem ter em conta os usos locais, a efetividade do embaraço ou prejuízo, principalmente com referência às águas terrestres, de modo que sobre os utentes ou proprietários marginais, pela vastidão do país, nas zonas de população escassa, de pequeno movimento, não venham a pesar ônus excessivos e sem real vantagem para o interesse público".

6. Ônus da prova. O ônus da prova de que as margens dos rios ou lagos ou lagoas dos bens públicos são de propriedade particular incumbe a quem o alega. A entidade pública somente toca a prova de que o rio, lago ou lagoa é bem público, de uso comum, de uso especial, ou bem dominical. A alegação de haver concessão, que permite o ato, positivo ou negativo, de modo a afastar-se a responsabilidade pelo ato-fato ilícito, tem de ser provada pelo demandado.

7. Responsabilidade *da entidade de direito público.* Se a entidade de direito público excede o que se lhe permite quanto às medidas administrativas concernentes às margens dos rios, lagos ou lagoas, se são elas bens públicos, ou bens particulares, responde conforme o art. 3, § 6ª, da Constituição de 1988, tratando-se de seu agente, como responde pelo ato de seu agente a pessoa jurídica de direito privatist ico prestadora de serviço público; *aliter,* no direito anterior a 1988, em que essa responsabilidade se operava se o ato era de órgão, inclusive funcionário público, ou conforme os arts. 1.521, III, 1.522 e 1.523 do Código Civil, se não se tratasse de órgão . Assim, o direito de navegar em rio, lago ou lagoa, bem público de uso especial, não compreende o de estabelecer ancoradouro, ou posto de embarque, desembarque de pessoas, ou de carga ou descarga de mercadorias em margens pertencentes a terceiro (Juízo de Direito de São Paulo, 18 de janeiro de 1932, *RT* 83/297, prolator Adriano de Oliveira). Se a lei vai até ai, ou se até aí vai o ato administrativo, fere a Constituição de 1946, art. 141, § 16, 1ª parte.

Capítulo V

Coisas fora do comércio e limitações à propriedade

§ 157. Coisas fora do comércio

1. Conceito romano. O direito romano deixou-nos o conceito de coisas *extra commerciuni.* Para ele, a classe era cheia pelas *res communes* omnium (o ar, a água corrente, o alto mar e as costas marinhas), as *res divini* iuris e as *res publicae,* destinadas ao uso comum. No Código Civil brasileiro, art. 69, estatui-se: "São coisas fora de comércio as insuscetíveis de apropriação, e as legalmente inalienáveis". Não suscetíveis de apropriação (não necessariamente de outros direitos, que não impliquem *commercium)* são o ar, a água corrente como tal, o mar etc. As coisas destinadas ao uso comum do povo não são sempre inapropriáveis, são legalmente inalienáveis (arts. 67 e 69). As outras coisas a que se refere o art. 66, 11 e III, são legalmente inalienáveis, posto que pertençam ao Estado. As coisas de uso comum do povo podem pertencer ao Estado (União, Estado Federado, Município), ou a particular, ou serem do povo mesmo. O art. 66, 1, não apóia qualquer teoria a respeito de só pertencerem ao povo, ou ao Estado, ou de só serem *res nullus:* nele, só se cogita do uso comum do povo, e não da titularidade do direito de propriedade.

2. Coisas *não-suscetíveis de ser objeto de direito e outros* conceitos. Não se devem identificar *res extra com rnercium* e coisas não-suscetíveis de ser objeto de direito. Ser extra-comércio apenas significa não poder ser objeto de transmissão, salvo lei especial. Por outro lado, não se hão de identificar coisas comuns a todos *(res communes* omnium) e coisas sobre as quais nenhum direito pode haver: o que não pode haver, a respeito delas, é direito privado. Não são bens de direito privado. Tal o ar, que enche o espaço sobre a terra e é inconfundível com esse espaço. O espaço é apropriável. Tal a água corrente, que todos a podem usar, inclusive apanhar, se até esse ato de utilização não há obstáculo fático (inacessibilidade da fonte, abismo antes de se chegar à água corrente) ou jurídico (haver entre o que queria utilizá-la e ela algum terreno alheio que se teria de atravessar e não se pode). Tal o mar, razão por que o que constrói no leito do mar, afastando -

o, ou afastando as águas, adquiria, em direito romano, por acessão, o fundo correspondente à construção, ou apenas a posse, se não se podia pensar em acessão, mas perdia aquela, ou perdia essa, se a instalação desaparecesse. O Estado (a União) tem sobre as *res comnunes crimium* direito público, de segundo grau, se são, também, por direito público, do povo; dai poder limitar, por lei, o uso comum. E tem o Estado (a União) direito público (de segundo grau ou limitado) sobre quaisquer correntes, para resolver sobre o aproveitamento industrial das águas e da energia elétrica e sobre a navegação. O art. 29, § 1ª, do Decreto nº

24.643 diz: "Fica limitado o domínio dos Estados e Municípios sobre quaisquer correntes, pela servidão, que à União se confere, para o aproveitamento industrial das águas e da energia hidráulica, e para navegação". A referência a "servidão" é inadequada; derivou do erro de se pensar, privatisticamente, em matéria de direito público: a figura jurídica da servidão não se presta a que se lhe dê como conteúdo a prática dos atos, que se prevêem como de exercício do direito (público), concernentes às autorizações e concessões para aproveitamento das águas, ou da energia hidráulica, ou aos regulamentos e permissões para navegação, inclusive às aprovações de perícia sobre correntes de que se fazem os lagos e lagoas navegáveis ou flutuáveis. Não há servidão; há direito público de supervisão, tendo faltado ao art. 29, § 1ª, do Decreto nº

24.643, a referência à flutuação, após a que fez à navegação.

3. *Fontes da extracomercialidade.* Os bens de que trata o art. 69 são *extra comercium,* ou por serem inapropriáveis, ou por serem, a despeito da apropriação, inalienáveis por lei (= só outra lei os pode tornar alienáveis, art. 67). Os negócios juridicos a respeito da transferência de tais bens, que são, em geral, os do art. 66, têm por objeto prestação impossível, o que os faz, de inicio, *nulos* (art. 145, II, 2ª parte). Portanto, o conceito de incomercialidade é mais extenso do que o de uso comum. Já assim no direito romano, onde as coisas de culto divino e o lugar da sepultura eram *extra conirnerciurn,* sem serem *cornrnunes* omnium.

Aliás, ainda o *patrimonium cesaris* (L. 39, § 10, D., *de legatis et fideiconirnissis,* 30) e a *res litigiosa* eram Udos como *res culus com merciurn* non *est.* A propósito da *res* litigiosa (L. 1, § 2, D., *qune res pignori vel* hypothecae *datae obligori non possunt,* 20, 3), o direito contemporâneo deu solução técnica no *plano da eficácia,* em vez de o fazer no *plano do existên* da (direito romano), ou no *plano da unidade*

(direito comum).

§ 158. Bens de valor histérico e artístico

1. *Tombamento de bens de valor histórico ou artístico.* Tombar (do latim *tumulus,* elevação de terra, donde *tonibro* por *tômoro,* cf. A. A. Cortesão, *Subsídios para um* Dicionário, 1, 140, talvez por haver marcos com alteamentos dos limites das terras) tem o significado de lançar em livro de tombo, e nada tem com *tombar* (do velho alto-alemão turnôn, provavelmente formado no espanhol, passando ao português e ao inglês). O

tombamento é apenas, hoje, o registro no livro do tombo, tal como acontecia com os bens da Coroa. Os livros em que se arrolam os bens comuns a todos, ou públicos de uso especial, ou patrimoniais das entidades estatais são livros de tombo, livros em que se dizem a denominação, a situação e os limites, ou outras características dos bens tombados. O tombo dos bens de uso comum, de que cogita o art. 66, 1, tem eficácia apenas declarativa. O tombo dos bens de uso especial de regra só tem tal eficácia, se bem que se possa dar que ai se especialize o uso, que antes era comum, ou de ordem patrimonial (eficácia constitutiva), se a lei permite que se passe, por meio de tombamento, da categoria dos bens pertencentes às entidades estatais (art.

66, II e III) para a categoria de bens de todos (art. 66, 1) algum ou alguns bens, o tombamento passa a ter eficácia constitutiva, O Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937 (cf. Decreto-Lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941) cogitou do tombamento dos bens móveis e imóveis, que tenham valor histórico ou artístico, inclusive quanto às partes integrantes (e.g., sítios e paisagens), ou pertenças de bens; ou de bens

"colocados" no imóvel. Os pressupostos para o tombamento são de direito administrativo, bem como as regras sobre forma. Escapam ao tombamento as obras de origem estrangeira que pertençam a Estados estrangeiros, representados no Brasil, bem assim as que estiverem em trânsito pelo Brasil, ou ocasionalmente no Brasil, em exposições comemorativas, educativas, industriais, ou comerciais, ou de propaganda ou importadas para adorno de empresas estrangeiras. Quais são os livros do tombo, di-lo a lei administrativa. O que importa ao direito privado é a eficácia que tem, no plano do direito das coisas, o tombamento. Diz o art. 12 do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro

de 1937: “A alienabilidade das obras históricas ou artisticas tombadas, de propriedade de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, sofrerá as restrições constantes da presente lei”. Não se disse que as obras históricas ou artísticas passariam a ser inalienáveis; apenas se deu ao tombamento, depois do registro em livro especial, a cargo dos oficiais do registro de imóveis, e à averbação na matricula do titulo do domínio do imóvel, a eficácia de limitar (evite-se dizer “restringir”) o poder de dispor, que tem o titular do direito de propriedade. Quais são essas limitações, no plano do direito das coisas, di-lo o Decreto-Lei nº 25, nos arts. 13, 18, 19, 22 e 29. O art. 13 do Decreto-Lei nº 25 subordina a eficácia real do tombamento ao registro do assento no livro especial, a cargo dos oficiais do registro de imóveis, e à averbação na matrícula da propriedade. Tem-se de atender a que não se separou do imóvel, em que se acha, o bem móvel, de modo que, se a coisa tombada é móvel, o registro se faz no registro de imóveis. Não importa se é parte integrante, caso em que perde a independência como coisa, ou se é pertença, ou simples adorno, ou coisa utilizável. Se não é parte integrante, nem pertença, o registro e subsequente averbação, ligando-a ao imóvel cria a relação de pertinencialidade.

As coisas tombadas, que não sejam partes integrantes, nem pertenças, passam a ser pertenças em virtude das formalidades registrárias. Da eficácia real do tombamento registrado emanam deveres e obrigações perante o Estado: a) “No caso de transferência de propriedade dos bens de que trata este artigo, deverá o adquirente, dentro do prazo de trinta dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o respectivo valor, fazê-la constar do registro, ainda que se trate de transmissão judicial ou causa rnortis” (art. 13, § 1ª). *b)* “Na hipótese de deslocação de tais bens, deverá o proprietário, dentro do mesmo prazo e sob pena da mesma multa, registrá-

los no registro do lugar para que tiverem sido deslocados” (art. 13, § ***2ª)***. c) “A transferência deve ser comunicada pelo adquirente, e a deslocação pelo proprietário, ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do mesmo prazo e sob a mesma pena“ (art. 13, § 3ª), Quanto ao § 1ª, a sanção é a multa de dez por cento sobre o respectivo valor. Todavia lá está averbação, o que torna ineficaz, relativamente ao Estado, qualquer alienação, bem como ineficaz, em relação ao estado, não a própria transmissão a causa de morte, mas a partilha, divisão ou adjudicação. Tratando-se de ato entre vivos, qualquer disposição seria ineficaz, perante o Estado, tanto mais quanto o seria adjudicação judicial em execução, ou a própria arrematação. O § 2ª exige que, tendo o proprietário deslocado o bem, o faça registrar no registro de imóveis do lugar para onde se deslocou. A lei fala de “inscreve-lo”, e a inscrição e a transcrição — a que as leis

civis se referem — são atos que a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, considerou no art. 168 englobados na designação genérica de *registro.* Devíamos entender que, à vista da certidão da transcrição e da averbação, se abria novo registro no livro especial do lugar, naturalmente transcrevendo-se e averbando-se no registro da transcrição do imóvel. A sanção é a mesma: a da multa; mas qualquer alienação seria ineficaz, em relação ao Estado, por analogia do art. 622, parágrafo único.

No art. 22, o Decreto-Lei nº 25 criou, a favor da União, dos Estados Federado, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, *direito* real de aquisição, como pretensão real à transmissão. Diz o art. 22: "Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os Municípios, terão, nesta ordem, o direito de preferência". No § 1ª: "Tal alienação não será permitida, sem que previamente sejam os bens oferecidos, pelo mesmo preço, à União, bem como ao Estado e ao Município em que se encontrarem. O proprietário deverá notificar os titulares do direito de preferência a usá-lo, dentro de trinta dias, sob pena de perdê-lo". No § 2ª: "E nula a alienação realizada com violação do disposto no parágrafo anterior, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitado a seqüestrar a coisa e a impor a multa de vinte por cento do seu valor ao transmitente e ao adquirente, que serão por ela solidariamente responsáveis. A nulidade será pronunciada, na forma da lei, pelo juiz que conceder o sequestro, o qual só será levantado depois de paga a multa e se qualquer dos titulares do direito de preferência não tiver adquirido a coisa no prazo de trinta dias". Trata-se de direito formativo real, que nasce no direito público e se insere no direito privado. A sanção é, também, de direito das coisas: se o proprietário notifica a União, o Estado Federado, o Distrito Federal, o Território e o Município em que se encontrarem os bens a serem alienados, ou o bem a ser alienado, e no prazo de trinta dias, os notificados não exercem o direito de preferência, perdem-no. A alienação, com infração do art. 22, § 1ª, é ineficaz (o § 2ª diz "nula" mas é de ineficácia que se trata). O negócio jurídico entre o alienante e o adquirente é que é nulo, por ilicitude do objeto (art. 145,11). A multa é de vinte por cento, com responsabilidade solidária do alienante e do adquirente. O juiz que concede o sequestro decide, como questão prévia necessária, sobre a nulidade da alienação, tocando aos titulares de direito de aquisição o prazo de trinta dias, após o qual, paga a dívida da multa, se levanta o sequestro, uma vez que nenhum dos titulares exerceu o direito. A lei não diz de quando se conta o prazo de trinta dias: se do pagamento da multa, ou se do trânsito em julgado da

sentença; mas havemos de entender que a multa tem de ser paga no prazo que a sentença marcar, ou, se o não marcou, imediatamente; o prazo de trinta dias somente corre depois de paga a multa, ou satisfeito o Estado por meio de execução forçada.

2. *Gravação de bens tombados,* O registro e averbação do tombamento não obstam a que o proprietário grave o bem. Diz o art. 22, § 3ª do Decreto-Lei nº 25: "O direito de preferência não inibe o proprietário de gravar livremente a coisa tombada, de penhor, anticrese ou hipoteca". Conforme antes se expôs, o registro de tombo não torna inalienável e, pois, ingravável o bem de valor histórico ou artístico; apenas cria limitações ao poder de dispor. Uma vez que, tratando-se de bens móveis, o registro estabelece a relação de pertinencialidade, as regras jurídicas do art. 22, §§ 3ª-6ª, dão direito de remição contra o próprio ato de alienação, ou de execução, que se refira ao imóvel. Aliás, dá-se o mesmo em relação à alienação de bem não gravado, desde que conste o registro do tombamento. Lê-se no art. 22, § 4ª, do Decreto-Lei nº 25: "Nenhuma venda judicial de bens tombados se poderá realizar sem que, previamente, os titulares do direito de preferência sejam disso notificados judicialmente, não podendo os editais de praça ser expedidos, sob pena de nulidade, antes de feita a notificação". Aí, há nulidade dos editais de praça, com todas as Conseqüências de direito processual, inclusive a nulidade da arrematação, ou da adjudicação. Acrescenta o art. 22, § 5º "Aos titulares do direito de preferência assistirá o direito de remição, se dela não lançarem mão, até a assinatura do auto de arrematação ou até a sentença de adjudicação, as pessoas que, na forma da lei, tiverem a faculdade de remir". No § 6º previu-se o exercício do direito de remição por parte da União, do Estado Federado, do Distrito Federal, do Território ou do Município: "O direito de remição por parte da União, bem como do Estado e do Município em que os bens se encontrarem, poderá ser exercido, dentro de cinco dias a partir da assinatura do auto de arrematação ou da sentença de adjudicação, não se podendo extrair a carta, enquanto não se esgotar este prazo, salvo se o arrematante ou o adjudicante for qualquer dos titulares do direito de preferência

3. *Privilégio especial.* Diz o Decreto-Lei nº 25, art. 29: "O titular do direito de preferência goza de privilégio especial sobre o valor produzido em praça por bens tombados, quanto ao pagamento de multas impostas em virtude de infrações da presente lei". No parágrafo único: "Só terão prioridade sobre o privilégio a que se refere este artigo os créditos inscritos no registro competente, antes do

tombamento da coisa pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional".

4. *Direito* de *vizinhança.* No art. 18, disse o Decreto-Lei nº 25: "Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto impondo-se neste caso a multa de cinqUenta por cento do valor do mesmo objeto". Aí está, a favor do titular do direito de propriedade da coisa tombada direito de vizinhança, não previsto no direito das coisas. Trata-se de direito público de vizinhança. Os pressupostos são: a) o tombamento, registrado e averbado, do bem imóvel, ou móvel; *b)* o fato de poder ser impedida a visibilidade do bem de valor histórico ou artístico por construção, ereção de monumento, plantio de árvore, estacamento, colocação de anúncios ou cartazes, ou qualquer outro objeto. Tratando-se de bem de uso comum, qualquer pessoa é legitimada para o preceito cominatório, fundado e.g. nos arts. 287 e 461 do Código de Processo Civil, ou entidade estatal, que invoque *v.g.* o art. 934, III, do Código de Processo Civil, sem embargo da exercitabilidade coletiva ou difusa da pretensão. Se o bem é de uso especial, legitimada é a entidade estatal, que pode invocar as regras jurídicas processuais acima referidas, bem assim quando o uso for comum mediante retribuição (Código Civil, art. 68). A multa, no caso do art. 18 do Decreto-Lei nº 25, ou em qualquer outro caso que se refira a percentagem sobre o valor, pode ser fixada em avaliação prévia, ou deixar-se a liquidação posterior.

5. *Infrações da lei administrativa* e *medidas a serem tomadas.* As entidades estatais têm de ser informadas de qualquer extravio (perda, furto, ou outra ocorrência), quanto ao bem cujo tombamento foi registrado e averbado; tal dever nasce, aliás, desde o tombamento, ou, ainda, desde qualquer notificação de que se vai tombar o bem. Também é de direito administrativo não destruir não demolir, não mutilar, ou de qualquer modo causar danos ao bem a ser tombado, ou já inscrito no livro do tombo. A responsabilidade não precisa do elemento da culpa. Também é de direito administrativo o dever de não retirar do território nacional o bem a ser tombado, ou cujo tombamento já foi feito, considerando-se retirada do território nacional a deslocação para sede de Embaixada, Legação, ou Consulado de Estado estrangeiro, ou qualquer lugar que excepcionalmente tenha

exterritorialidade.

6. *Entidades* estatais. Na Constituição de 1988, diz o art. 216: "Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: 1 - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV -as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § V O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 2ª Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. § 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e *o* conhecimento de bens e valores culturais. § 4ª Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. § 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos". Já no art. 24, VII, a Constituição de 1988 estatuiu que compete concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre a "proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico".

Titulares dos direitos, pretensões, ações ou exceções, que nascem do tombamento bem como do direito e da pretensão a tombar bens que entrem nas categorias mencionadas no art. 175, são a União, o Estado Federado, o Distrito Federal ou o Território em que se achem tais bens. O exercício do direito pela União estabelece eficácia do tombamento para o Estado Federado, Distrito Federal, ou Território; o exercício do direito pelo Estado Federado, Distrito Federal, ou Território, estabelece eficácia do tombamento para a União, porque essa tem interesse em tudo que interessa a qualquer das suas partes, como o exercício do direito do tombamento pelo Município estabelecia, outrora, eficácia para o

Estado Federado, Distrito Federal, ou

Território; *aliter,* sob a Constituição de 1988, art. 30, IX, porquanto

aos Municípios compete somente promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Sempre que a unidade mais larga não exerce o direito, as entidades menos largas o podem exercer, porque também o têm.

PARTE III

Fatos Jurídicos

Capítulo 1

Fatos Jurídicos

§ 159. Conceito de fato jurídico

1. *Fatos do mundo e fatos de direito.* Tudo que aqui pudéssemos dizer não seria mais do que resumo do que se expôs na Introdução. O mundo jurídico confina com o mundo dos fatos (materiais, ou enérgicos, econômicos, políticos, de costumes, morais, artísticos, religiosos, científicos), donde as múltiplas interferências de um no outro. O mundo jurídico não é mais do que o mundo dos fatos jurídicos, isto é, daqueles suportes fálicos que logram entrar no mundo jurídico. A soma, tecido ou aglomerado de suportes fáticos que passaram à dimensão juridica, ao jurídico, é o mundo jurídico. Nem todos os fatos jurídicos são idênticos. Donde o problema inicial de os *distinguir* e de os *classificar*.

2. *Entrada no mundo jurídico.* O fato jurídico provém do mundo fático, porém nem tudo que o compunha entra, sempre, no mundo jurídico. A entrada no mundo do direito, selecionam-se os fatos que entram. E o mesmo dizer-se que à soma dos elementos do que, no mundo fático, teríamos como fato, ou como complexo de fatos, nem sempre corresponde suporte fático de regra jurídica: no dizer o que é que cabe no suporte fático da regra jurídica, ou, melhor, no que recebe a sua impressão, a sua incidência, a regra jurídica *discrimina* o que há de entrar e, pois, por omissão, o que não pode entrar. Donde o cuidado que se há de ter na determinação do suporte fático de cada regra jurídica.

Em linguagem do tempo, chamavam atenção para isso os Estatutos da Universidade de Coimbra, no Livro li, Titulo 3, Capitulo 8, § 5º: “O

verdadeiro e legitimo meio da sólida e exata aplicação das leis às causas forenses consiste, precisamente, na boa aplicação das regras e princípios do direito aos *fatos,* — depois de se terem bem explorado, e compreendido todas as especificas circunstâncias dele; depois de se haverem confrontado com as circunstâncias das ditas regras e das leis, de que elas foram deduzidas, e com todas as determinações das leis e dos fatos, por meio de um bom e exato raciocinio".

3. *Classificaçâo dos fatos jurídicos.* Após acurado estudo dos fatos jurídicos, a partir de revisão dos processos lógicos e metodológicos empregados para se classificarem os fatos jurídicos, tivemos de assentar, preliminarmente, que (a) são fatos jurídicos quaisquer fatos (suportes fáticos) que entrem no mundo jurídico, portanto sem qualquer exclusão de fatos *contrários* a *direito, (b)* o hábito de se excluirem, no conceito e na enumeração dos fatos jurídicos, os fatos contrários ao direito, principalmente os atos ilicitos, provém de visão unilateral do mundo jurídico, pois os atos ilícitos, como todos os fatos contrários a direito, entram no mundo jurídico, são fatos jurídicos contrários a direito, que, recebendo a incidência das regras jurídicas, que neles se imprimem, surtem efeitos jurídicos (direito, pretensão e ação de indenização e até restituição, direito ao desforço pessoal, à reedificação etc.).

Donde termos de falar dos fatos jurídicos contrários a direito e dos atos jurídicos) ilícitos.

Os fatos juridicos são: *a)* fatos juridicos *stricto sensu; b)* fatos juridicos ilicitos (contrários a direito), compreendendo fatos ilícitos *stricto sensu,* atos-fatos ilícitos, atos ilícitos (de que os atos ilícitos *stricto* sensu são espécie, como os atos ilícitos caducificantes), ora absolutos, ora relativos; *c)* atos-fatos jurídicos; *d)* atos jurídicos *stricto sensu;* e) negócios jurídicos.

Por exemplo: a opinião que vê no pagamento, em senso estrito, contrato *(e.g.,* P. RIem, *Die Natur der causa solvendi,* 45 s.; F. Lent, Die *Anweisung ais Vollrnacht,* 30 s.), afasta-se completamente da realidade; bem assim a que nele vê, pelo menos, negócio jurídico (A. Manigk, *Das Anwendungsgebiet,* 40 s.**;** L. Rosenberg, Der Verzug des Glãubigers, *Jherings Jahrbücher,* 43, 211 s.). Nem sempre há o caráter negocial (J. Breit, Die *Gescháf* tsfáhigkeit, 227 s.**;** R. Stammler, *Das Recht der Schuiduerháitnisse,* 221 s.**;** P. Kretzschmar, *Die Erfúilung,* 1, 94 s.). Ato-fato jurídico pode adimplir (guarda da coisa, omissão, vigilância,

prestação de serviço). Outros adimplementos são atos jurídicos stricto sensu. Algumas vezes tem de haver colaboração ou anuência do credor. inclusive negocial. Outras vezes, o pagamento é por meio de negócio jurídico, ou de contrato. O pagamento, em senso estrito, é ato-fato jurídico.

Há figuras jurídicas que são suscetíveis de entrada em mais de uma classe, conforme a espécie, o que mostra tratar-se de duas ou mais de duas figuras, genericamente mencionadas.

Capítulo 11

Fatos jurídicos e fatos jurídicos stricto *sensu*

§ 160. Fatos jurídicos e fatos jurídicos stricto sensu

1. *Conceito.* Fatos jurídicos *stricto sensu* são os fatos que entram no mundo jurídico, sem que haja, na composição deles, ato humano, ainda que, antes da entrada deles no mundo jurídico, o tenha havido; e.g., nascimento, morte, idade; adjunção, mistura, confusão, produção de frutos, aluvião, aparição de ilha.

2. *Efeitos dos fatos jurídicos* stricto sensu. São efeitos de fatos jurídicos *stricto sensu:* a) a modificação da propriedade por adjunção, ou pela mistura, ou pela confusão (arts. 615-617); *b)* a aquisição da propriedade pela percepção dos frutos, tanto quanto a aquisição pela produção, ou pela pendência deles (arts. 60, 43, 271, 306, 477, 510-513, 528, 713, 718, 721-723, 868 e parágrafo único, 873); c) a extinção dos direitos reais pelo perecimento das coisas (arts. 589, IV, 739, IV, 745, 748, e 849,11); *d)* a geração do homem, seu nascimento, capacidade (salvo o suplemento de idade), a incapacidade por idade, doença ou loucura, a morte (arts. 4ª, 59ª7Q, 90 e 10º Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938, art. 29, Decreto-Lei nº 159, de 10 de fevereiro de 1967, art. 10); e) a retirada de coisas móveis que guarnecem o prédio locado (art. 776, 11).

Dentre os fatos acima mencionados, alguns são atos humanos, ou podem ser atos humanos, como se A mistura, adjunta ou confunde, ou colhe frutos, ou destrói coisas, ou retira bens móveis que guarnecem a casa alugada. Em todos, porém, prescinde-se da origem humana do ato; somente se lhes vê o fato do mundo externo, que entra no direito, e ai produz os seus efeitos, abstraindo-se da vontade humana que acaso esteve à origem deles.

§ 161. Vida humana

1. *Concepção e nascimento do homem. a)* A concepção do ser humano é fato jurídico *stricto sensu.* Desse fato jurídico nã9 se irradia o efeito de personificação; mas irradiam-se outros: o direito, a pretensão e a ação de alimentos a favor do nascituro; as medidas a benefício do nascituro, com invocação do art. 4ª, 2ª parte, ou do art. 1.718, V parte (a *contrario sensu),* como a *missio in possessionem (Comentários ao Código de Processo Civil,* de 1939, IV, 307-313), o pátrio poder e a curatela do nascituro (art. 446). A concepção impede que a mãe, ou o pai, adote alguém (arts. 368 e 49, porque é a validade, e não só a eficácia, da adoção que fica dependente do nascimento com vida:

ocorrendo esse, a adoção foi atingida pela ressalva dos direitos do nascituro (art. 377; Th. Kipp, *Lehrbuch,* II, *2,* 18ª-20ª ed., 381, nota 15, *in* fine); repelido, pois, que a possibilidade de ter filhos exclua a adoção (sem razão, H. Dernburg, *Das Btirgerliche Recht,* IV, 3ª ed., 339, nota 4), ou que seja sem Conseqüências a concepção (sem razão, a opinião dominante na doutrina alemã, cf. G. Planck, *Kommentar,* IV, 3ª ed., 620; Th.

Engelmann-Keidel, em *J. von Staudingers Kommentar,* IV, *2,* 1.163).

b)

A possibilidade de prole *(persona futura)* entra como elemento de suporte fático de alguns fatos juridicos *(e.g.,* testamento a favor de prole eventual de pessoa designada e existente ao tempo de se abrir a sucessão, art. 1.718, 2ª parte). Não é, por si, fato jurídico; porque não é fato, é possibilidade de fato.

c)

O nascimento com vida é fato jurídico *stricto* sensu. Dele irradia-se a capacidade de direito e provêm todos os direitos que se prendem à pessoa. O nascimento sem vida é fato extintivo dos efeitos que haja produzido a concepção.

2. Sexo. O sexo não é fato jurídico. Nunca o sexo é, de si só, suporte fático; porque aparece com o nascimento, tendo-se, porém, caracterizado antes. E qualidade diferencial de duas classes de seres humanos.

Ainda quando a mulher, durante toda a vida, tinha de estar sob o poder de um homem, era fato inserto no fato do nascimento. A proteção especial, que lhe cabia *(privilegia muliebris)* em direito romano, era eficácia de regras jurídicas em cujo suporte fático estava o sexo. No direito moderno, quando a idade para cessar a incapacidade absoluta é diferente quanto a varões e mulheres —*,* o que no direito brasileiro não mais se dá (arts. 52, 1, e 6ª, 1, 142, III e 1.627, 1), exceto para o casamento (art. 183, XII) — o sexo é apenas elemento de suporte fático.

3. *Duração da vida.* A duração da vida pode ser elemento de algum suporte fático *(e.g.,* quando se tem de saber qual a idade em que morreu a pessoa, ou foi vitima de acidente, ou para se saber que tempo ainda poderia viver). Pode ser também, fato jurídico *stricto sensu:* idade para cessar a incapacidade absoluta (dezesseis anos, art. 62, 1); idade para ter direito, pretensão e ação para o registro do nascimento pessoalmente e sem multa (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 50, § 32); idade para cessar a incapacidade absoluta matrimonial (art. 183, XII); idade para a plena capacidade çivil (art. 92, § 19 etc. Não basta dizer-se que a idade é caráter distintivo do homem, ou algo semelhante; desatende-se a que a idade é fato, que ocorre ao homem como o nascimento e a morte, e a que esse fato *entra,* de si só, no direito, como outros fatos naturais. Todas as regras jurídicas sobre idade têm o seu suporte fático: ente humano + tempo.

As mais importantes são a do art. 5º, 1, que faz absolutamente incapaz o homem desde que nasce (aliás, tem curador o nascituro) até os dezesseis anos, excluído o dia do aniversário, a do art. 6ª, 1, que faz cessar no dia do décimo sexto aniversário a incapacidade absoluta e começar a relativa, e a do art. 9% que cogitou da maioridade. Os casos do § 1ª do art. 92 são, todos, de idade simples elemento de suporte fático (isto é, um dos elementos): 1, idade + concessão dos pais, ou

sentença judicial; II, idade + casamento; III, idade +

exercicio de emprego público efetivo; IV, idade + colação de grau científico em curso de ensino superior; V, idade + estabelecimento civil ou comercial, com economia própria. A idade, nos arts. 142, III, e 1.627,1 *(a contrario sensu),* é fato jurídico. A idade, nos arts. 368 e 369, é elemento de suporte fático. Outrossim, a idade, no art. 414, 11.

4. *Defeitos fisiológicos.* A surdez, a mudez e a cegueira são fatos que podem entrar, como elemento, em suportes fáticos (arts. 446, II, 451, 456, 1.637 e 1.642), ou entrar no mundo jurídico, como suportes fáticos, de modo a serem, de si sós, fatos jurídicos *stricto sensu* (arts. 5% III, 142,11, e 1.627,1V). Outrossim, a loucura, que é, de regra, fato que entra no mundo jurídico (arts. 59, II, 142, 1, 1.627,11, e 1.650, II); excepcionalmente, é simples elemento de suportes fáticos (arts. 446, 1 e 457).

Os defeitos físicos podem ser apenas elementos de impossibilidade (fatos determinantes de fatos necessariamente negativos); então, são apenas elementos que entram na composição de suportes fáticos de regras jurídicas sobre impossibilidade da prestação ou denúncia (arts. 879 e 881, 1.226, II, e 1.229, III), ou nulidade do casamento (art. 219, III).

5. *Ausência.* A ausência, que é quase sempre, em direito processual, fato jurídico *stricto* sensu, no direito material é simples elemento de suporte fático (arts. 463-484, 59,IV, e 251, 1). Daí ser sempre constitutiva a sentença sobre ausência, em direito material.

A ausência compreende: a ausência, sabendo-se onde está a pessoa; a ausência sem noticias; e a desaparição, que é a ausência sem se saber se houve, ou não, saída do lugar. Além disso, a ausência pode ser qualificada, se, por exemplo, a ausência data de desastre de trem em que viajava a pessoa. A falta de notícias implica não terem chegado os que seriam de esperar-se, de modo a suscitar dúvidas sobre a vida da pessoa. Não há, portanto, momento certo, de que se tenha de partir, para se dizer ausente, desde ele, aquele de que não se teve notícia.

6. *Parentesco.* O parentesco natural é fato (relação biológica entre pessoas) que entra no mundo jurídico. É

fato jurídico *stricto sensu.* Ser A pai de B, ou B filho de A, é fato que, entrando no mundo jurídico, em virtude das regras jurídicas que dão ingresso aos conceitos biológicos de pai e filho, se faz fato juridico *stricto* sensu, donde surge a relação *jurídica* de parentesco, ou em linha reta, ou em linha colateral. Tal fato jurídico é que entra nos suportes fáticos de muitas regras jurídicas; *e.g.,* no pátrio poder, que é o mais simples, na sucessão legítima (= morte do parente + sobrevivência do parente). O parentesco legítimo e o afim não são fatos jurídicos *stricto sensu* simples; todo parentesco legítimo é parentesco + casamento; todo parentesco afim é parentesco com alguém + casamento desse com outra pessoa. O parentesco afim ilegítimo a que se refere o art. 183, II, para vedar casamento entre amante de A e pai ou filho de A, avô ou neto de A etc., é fato jurídico *stricto sensu* simples.

7. *Morte.* A morte das pessoas é fato jurídico *stricto sensu,* no que a morte, que diz respeito a alguém, que cessa de viver, se distingue do homicídio ou assassínio, que se refere ao que mata e é ato ilícito *stricto* sensu.

A morte, como elemento de suporte fático, basta ter acontecido. Para se fazer fato jurídico *stricto sensu,* é preciso que entre no mundo jurídico. Á primeira vista e a juristas superficiais, a toda morte correspondem entrada e eficácia no mundo jurídico. Então, se A morreu, o fato da morte de A entrou no mundo jurídico com todas as Conseqüências. Não é tão automática quanto se pode pensar essa juridicização do fato da morte. Se A desaparece a 1ª de janeiro, morre a 1ª de março, sem que se possa saber que morreu nesse dia *(e.g.,* caiu em rio que o levou ao mar, onde os peixes o devoraram e não há vestígios) e se abriu após o desaparecimento o processo de curadoria dos ausentes, seguindo-se-lhe a sucessão provisória e a definitiva (arts. 1.167, II, do Código de Processo Civil e 482 do Código Civil), nunca se saberá quando morreu. A coincidência da morte com a entrada dela no mundo jurídico não se deu. O que entrou no mundo jurídico foi a ausência, tendo-se constituído, com a sentença do art. 1.167, II, ou a do art. 482 (art. 10, 2ª parte), a *presunção de morte.*

Com a morte, extinguem-se, além da personalidade, relações jurídicas (direitos, deveres; pretensões, obrigações; situações ativas e passivas

nas ações e exceções). Algumas se transmitem a herdeiros e demais sucessores. Se há transmissibilidade, o direito, a pretensão, o dever, a obrigação, ou as situações ativas e passivas das ações e exceções, que teriam de nascer a favor, ou contra o decujo, nascem a favor, ou contra a herança e, pois, a favor, ou contra os sucessores hereditários. Repugna-nos entender que o seguro de vida, sem ser a favor de terceiro, seja adquirido pelo morto; é adquirido pelos herdeiros, porque nasce crédito *no momento imediato á morte.* O Decreto-Lei nº 5.384, de 8 de abril de 1943, art. 1ª, acertou em estatuir: "Na falta de beneficiário nomeado, o seguro de vida será pago metade à mulher e metade aos herdeiros do segurado". No parágrafo único, acrescentou-se: "Na falta das pessoas acima indicadas, serão beneficiários os que dentro de seis meses reclamarem o pagamento do seguro e provarem que a morte do segurado os privou de meios para proverem sua subsistência. Fora desses casos, será beneficiária a União". A favor de tais pessoas, com a morte do segurado, nascem direito, pretensão e ações, por força da lei e pelo fato de não haver o segurado afastado com a designação de terceiro, a regra jurídica dis *positiva.* Assim, é de se repelir a construção da aquisição simultânea à morte pelo segurado que agradou à doutrina alemã (cf. A. von Tuhr, *Der Allgemeine Te,* 1, 382; Hans CarI Nipperdey, em L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, ***§*** 77, nota 8a).

8. ***O*** *fato de sobreviver a outrem.* A sobrevivência é elemento de alguns suportes fáticos; *e.g.,* do suporte fático do benefício à mulher e aos herdeiros ou a alimentandos e à União (Decreto-Lei nº 5.384, de 8 de abril de 1943, art. 1ª e parágrafo único). A sobrevivência somente é fato jurídico *stricto* sensu, tratando-se de viuvez: o estado de viduidade é efeito de sobreviver o cônjuge ao outro. Para a sucessão a causa de morte, a sobrevivência é elemento do suporte fático, onde figura como elemento subjetivo **(** = o sucessor há de ser vivo no momento *imediato* ao da morte, cf. art. 1.717; se duas pessoas, cada uma das quais herdaria da outra, morrem no mesmo momento ou é de suporse, segundo o art. 11, nenhuma das duas herda).

Fatos Jurídicos Ilícitos

§ 162. Fatos jurídicos e fatos jurídicos ilícitos

1. *Conceito de fatos jurídicos ilícitos.* Quando o fato contrário a direito acontece e alguém responde por ele, há ilicitude. Se a contrariedade a direito foi sem culpa,— ou houve o ato humano, ou não no houve, ou se abstraiu dele. Se não houve ato humano, não se pode pensar em "ato" ilícito. A noção de responsabilidade chegou nos tempos de hoje, onde a civilização atingiu os seus pontos mais altos, a reputar o homem responsável pelo fato, se esse é contrário a direito. Existem, pois, fatos ilícitos e atos-fatos ilicitos. Sempre que alguém responde pela força maior, ou pelo caso fortuito, responde pelo fato ilícito; com ele, lesado foi direito absoluto (fato ilícito absoluto), ou direito relativo (fato ilícito relativo). Houve fato ilícito. Não houve ato humano.

2. *Ato-fato jurídico ilícito.* Pode dar-se que o ato se dê mas o direito só lhe aprecie o fato: isto é, o ato entra no mundo jurídico como fato, e não como ato. O ato praticado em estado de necessidade é ato-fato; não, porém, ato-fato ilícito (não é contrário a direito). Os atos dos loucos e outros absolutamente incapazes, quando obrigam a indenizar, são atos-fatos ilícitos (cf. Código suíço das Obrigações, art. 54; Código Civil alemão, ***§*** 829). A condenação pelo mau uso da propriedade é ato-fato ilícito.

§ 163. Espécies de fatos jurídicos ilícitos

1. *Análise das espécies.* A respeito da responsabilidade das estradas de ferro e outros meios de transporte quanto a terceiros (isto é, não-passageiros), ou a) se entende que a permissão delas *limitou,* em virtude da lei, os direitos atingíveis pela atividade perigosa (e não só o direito de propriedade), de modo que os danos causados sem culpa (fagulhas inevitáveis, acidentes de eletricidade, inutilização de sinais por tempestade) foram previstos, ao se ferirem, ou diminuírem, aqueles direitos suscetíveis de serem atingidos, ou *b)* se entende que a permissão, ainda que tenha importado em desapropriação ou retirada do uso da faixa de estrada, não *limitou* os direitos atingíveis pela atividade perigosa. No primeiro caso, a responsabilidade pelo risco teria de ser incluída, ao lado da responsabilidade pelo ato cm legítima defesa causador de dano a terceiro, ou pelo ato em estado de necessidade, na classe das responsabilidades a despeito da pré-exclusão da contrariedade a direito. O fato do dano produzido pela

fagulha, ou pelo desastre, ou outra causa, a terceiro, não seria contrário a direito; isto é, não existiria, sequer, contrariedade objetiva a direito. No segundo caso, afirma-se que há contrariedade a direito. Temos, aí, claramente tese e antítese. A síntese seria a admissão de outra classe em que se pusessem tais casos de ressarcimento do dano: seria a classe das contrariedades transubjetivas a direito.

a) A primeira opinião retira qualquer contrariedade a direito se a responsabilidade é sem culpa. Através dos últimos cem anos, tem-se discutido se há reparação sem contrariedade a direito, portanto sem ilicitude; mas isso não implica que, existindo, as espécies de responsabilidade pelo risco tenham de ser tidas como sem contrariedade objetiva a direito. Já em 1882, L. Schiffner *(Lehrbuch,* 1, 111) chamava atenção para que não é só do ilícito que resulta reparação. Em 1895, R. Merkel *(Die Kollision rechtsmàssiger* Interessen, 42) provou-o, quanto aos danos causados por ato em estado de necessidade; posto que W. Sjõgren (Zur Lehre von den Formen des Unrechts, f *herings JahrbUcher,* 35, 429) sem razão reagisse. Diante da caracterização de algumas reparações como derivadas de atos não-contrários a direito, L. Enneccerus e H. Lehmann *(Lehrbuch,* II, 34-35ª ed., 713) estenderam à responsabilidade pelo risco o não ser contrária a direito, chegando mesmo a dizer (113, nota 1) que, se tivéssemos de incluir no ilícito a responsabilidade pelo risco, teríamos de fazer o mesmo com a responsabilidade pelo ato em estado de necessidade. Não viram que, a respeito desse, há regra pré-excludente (arts. 160, II; ***§*** 904 do Código Civil alemão), e não na há para a responsabilidade pelo risco.

b) A segunda opinião ou cogitava de culpa objetiva *(contradictio in* terminis), ou de não-culpa, mas, num e noutro caso, contrariedade a direito, ali subjetiva, aqui objetiva. As variantes (presunção de culpa, culpa fictícia, inversão do ônus da prova) vinham daquela a essa atitude, a propósito do *damnum sine culpa.*

Na responsabilidade pelo fato do animal, ou da coisa, ou da indústria, não há ato *humano,* mas, acima dos fatos do animal, da coisa, ou da indústria, está atividade humana. O direito romano não chegara até aí, porque permaneceu no plano da contrariedade subjetiva a direito. Os arts. 1.385 e 1.386 do Código Civil francês (quanto a animais e coisas) inspiraram-se no prjncípio da culpa. Posteriormente, as teorias pulularam: a teoria objetiva (“Ce qui fait qu‟un événement est dommageable, au point de vue civil, ce n est pas qu‟il est contraire à

la morale ou funeste à la société; c‟est simplement quil a causé un préjudice à un individu‟, M.

Teisseire, Essai *d'une Theorie,* 153 s.).

No Kommentar dos juizes do Supremo Tribunal alemão (II, 7ª ed., 537 ,s.), Oegg entendeu por ato ilícito toda intervenção geral objetivamente contrária a direito na esfera jurídica alheia, que obrigue à indenização, trate-se de infração de obrigações negociais, ou derivadas de atos jurídicos *stricto* sensu, ou de atos ilícitos *stricto sensu,* ou outras. O fato do animal, da coisa ou do edifício entraria na classe dos atos ilícitos; portanto, subentendido estaria "ato", negativo ou positivo, do responsável. A crítica que L. Enneccerus e H. Lehmann *(Lehrbuch,* II, 34-35ª ed., 713 s.) fizeram ao *Kommentar* dos juizes é, em grande parte, sem razão: o "ato" não foi cometido, mas contrariedade a direito houve; porque conforme a direito é a atividade da estrada de ferro ou da indústria, o ter animal doméstico, o ter coisas nas janelas, ou parapeitos, o t er edifício em ruína, não, porém, o *causar dano,* ou o *a ponto de causar dano.* Permite-se o transporte, a propriedade de animais domésticos, e situações de exercício da propriedade que causam risco; não se permite o dano. Assim, L. Enneccerus e H. Lehmann não viram a diferença entre permitir **o** direito (tautologia) e permitir-se o ato danoso, excepcionalmente: essa última permissão ocorre quanto aos atos em legitima defesa e em estado de necessidade; não, porém, no tocante à responsabilidade pelo risco. Perguntam eles que regra jurídica foi infringida. A regra jurídica de cuja incidência, produzindo fato jurídico, resultou o direito ofendido. Para que essa regra jurídica desapareça, é preciso que se *postu le* "limitação" aos direitos, diretamente, ou por meio de regra pré-excludente; ora, essa postulação não se fez e só a lei poderia fazê-la. No fundo, L. Enneccerus e 1-1. Lehmann foram vítimas de confusão, velhíssima, entre *contrariedade a direito* e *delito.*

A necessidade de se classificar, no quadro dos fatos jurídicos, aquele de que resulta a reparação do dano sem culpa, é evidente:

a) Não se trata, sempre, de ato-fato jurídico; porque pode não ter havido qualquer ato. *b)* Não se trata de ato ilícito *stricto* sensu: pode não ter havido ato, nem culpa. *c)* Parecem-se com as infrações não-culposas de obrigações pessoais ou de outras pretensões, mas falta, por vezes, o ato positivo ou negativo. *d)* Não se trata de responsabilidade sem contrariedade a direito, porque em nenhum dos casos conhecidos se concebeu a reparação como a despeito de limitação aos direitos

atingidos: não houve limitação deles.

Assim, sem razão, quanto a *a),* os que parecem sugeri-lo; quanto a *1,),* a teoria romano-francesa *(e.g.,* Max Vitry, *La Détermination dii fait de l'homme, de l'ariimal, de la chose,* 68 s., 93 s. e 126 **S.;** Oegg, no *Komrnentar,* II, 7ª ed., 537 s.); quanto a *d),* L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 33ª-34ª cd., 555 **5.;** II, 3lA-35~ cd., 714: "sie weder em objektives rechtswidriges Verhalten noch em Verschulden voraussetzt"; antes metia-os na classe dos atos ilícitos *lato sensu,* isto é, ao lado dos delitos).

A própria literatura alemã, conforme vimos, não se livrou do erro de encambulhar, sob a denominação de atos sem culpa, que obrigam à indenização, a atos de que resulta responsabilidade pelo ato não-contrário a direito, tais como os praticados em estado de necessidade, e atos contrários a direito mas sem culpa. Nota-se-lhe a tendência a ver na responsabilidade pelos danos causados pelos animais, pelas coisas, ou pelas indústrias perigosas, responsabilidade semelhante à do art. 1.519 e 1.520, parágrafo único (reparação sem ilicitude). Ora, o dano, no caso de animais, coisas, ou indústrias perigosas, não é delitual, no sentido de culposo, mas é contrário a direito. A explicação de que se tornaram não-contrários a direito, porque se lhes excluiu a contrariedade a direito, assimila-os às espécies de pré-exclusão da contrariedade, quando, em verdade, só se pré-dispensou a culpa. Foi ao elemento culpa, elemento do suporte fático, que se fez ablação, e não ao elemento contrariedade a direito. A contrariedade a direito não é essencial juntar-se culpa; há o contrário a direito sem culpa, como se o devedor não paga porque não contou com a interrupção do pagamento por seus devedores, ou se ocorre algum caso de responsabilidade pelo caso fortuito ou força maior.

Na responsabilidade pelo ato do animal, se não houve culpa pelo dano, porém o réu não logrou provar alguma das insuficiências do suporte fático (art. 1.527, 1-1V: guardava-o e vigiava-o com o cuidado preciso, o animal fora provocado por outro, houve imprudência do ofendido, ou o dano resultou de caso fortuito ou força maior), o Código Civil reputa con"rário a direito o fato, transubjetivamente: põe-no entre as obrigações por atos ilícitos, não consegue apagar a ligação ao sujeito, portanto não exige culpa, porém também não responsabiliza pela só contrariedade objetiva a direito.

No caso do dono do edifício, ou construção, que há de responder pelos

danos que resultarem da mina, a lei só se refere à ruína que provém "de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta" (art. 1.528). Passa-se o mesmo que a propósito dos animais: não se exige culpa, porém não se estabelece contrariedade objetiva a direito. O que causa o dano é a falta de reparo (omissão), de que o fato do edifício ou construção é consequência. A linguagem dos códigos é que elide a referência inicial àquela falta. Diz o art. 1.528: "O

dono do edifício ou construção responde pelos danos, que resultarem da sua mina, se esta provier da falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta" (cf. Código Civil francês, art. 1.386; suiço das Obrigações, art.

58; argentino, arts. 1.167, 1ª, e 1.168; alemão, ***§§*** 836-838).

No caso do art. 1.529 (responsabilidade pelos danos causados pelas coisas que caírem de edifícios, ou parte deles, ou forem lançadas em lugar indevido), não há exigência de culpa, porém a verticalidade (coisas caídas) ou o lançamento exclui que seja objetiva a responsabilidade. A transubjetividade ressalta.

c)

Temos, pois, a solução: a contrariedade a direito sem culpa, se obriga a indenizar, ou é ato ilícito *relativo,* ou fato jurídico *ilícito,* ou ato-fato ilícito, que, por sua alusão *histórica* à atividade de guarda, de vigilância, de direção, pode ser expresso como fato ("ato") jurídico ilícito, porém, sistematicamente, a nenhum ato alude: a forma a que se ascendeu, com a civilização, é a da contrariedade transubjetiva a direito, mais próxima da contrariedade objetiva do que da subjetiva, ou a da contrariedade objetiva. O "ato", entre parênteses, pode não ter existido.

2. Ofensa *a direitos absolutos.* O ato ilícito absoluto, se há culpa, entra no mundo jurídico, onde produz o efeito do dever e de obrigação de indenização. A contrariedade a direto há de ser atingidora da vida, do como, da psique ou da saúde, da liberdade, da honra, do nome, da propriedade, ou de outro direito. Fez bem o Código Civil em empregar apenas as expressões "violar direito, ou causar prejuízo a outrem". Todo direito absoluto pode ser violado por ato ilicito absoluto. O ***§*** 823, alínea lt do Código Civil alemão só se referiu "à vida, ao como, à saúde, à liberdade, à propriedade e outro direito", permitindo à

doutrina interpretações (errôneas) sobre ter-se com isso negado a existência do direito à verdade e à honra, que não tiveram menção, bem como se haver aludido àqueles quatro, por lhes faltar a subjetividade **(** = não serem direitos subjetivos) ou a subjetividade privada **(** = não serem direitos subjetivos privados). O texto brasileiro admite que haja reparação por lesão a bens que não são direitos subjetivos, sem excluir que os bens da vida (vida, integridade física e psíquica, liberdade, igualdade, verdade, honra, nome) sejam direitos subjetivos. O ato ilícito absoluto pode ir contra direitos subjetivos, contra direitos não-subjetivados e pois contra interesses juridicamente protegidos sem a categoria de "direitos subjetivos"; de jeito que as expressões "causar prejuízo a outrem", que vem apos "violar direito", revelam que, no sistema jurídico brasileiro, se adotou a extensão maior de bens da vida, abrangendo bens da vida de que cogita a lei penal e de que cogitam outras leis de direito público. Portanto, foi seguida a *teoria de* E von Liszt *(Die Deliktsobligationen,* 26), que fora além da *teoria da exernplificatividade* (direito à vida, à integridade física e psíquica, à *honra,* ao nome, à propriedade; cf. H.

Dernburg, *Das Bíirgerliche* Recht, II, *2,* 751; E Endemann, *Lehrhuch,* 1, 8ª-9ª ed., 1.262; M. Hachenburg, *Vortrâge,* 155 **5.;** K. Unckelmann, *Die Schadenersatzpflicht,* 18). A referência à violação de direito e a prejuízo, separadamente, afasta que se possa admitir, no direito brasileiro, a *teoria da taxatividade* (L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 3V-35~ ed., 720 **5.;** P. Oertmann, *Das Recht der Schuldverháltnisse,* 1.055), que entende haver indenização *ex delicto* se há ofensa àvida, ao corpo, à saúde e à liberdade, somente quatro bens da vida, que não seriam direitos subjetivos (?!), e aos direitos subjetivos. Aliás, o argumento de que a lei (alemã) não falou de direito à vida, ao como, à saúde e à liberdade, e sim de vida, de como, de saúde e de liberdade, é de infantilidade "literalista", que espanta encontrar-se em L. Enneccerus *(Lehrbuch,* II, 721), tanto mais quanto a lei mesma fala de "outro direito". A questão da indenização em caso de lei protectiva de cujas regras jurídicas não resultem direitos subjetivos, nem direitos ainda não-subjetivados, éoutra questão: se a lei protectiva existe, e há violação dela, ainda sem culpa, então a pretensão à indenização não é em virtude do art. 159, porque somente se fundaria na culpa. Aliás, no direito brasileiro, a ação do art. 159, ainda que se trate de violação de direito de personalidade, ou outro direito absoluto *(e.g.,* a propriedade), se há de fundar na culpa. O erro de técnica legislativa alemã consistiu em se juntar no mesmo ***§*** 823, alínea 1ª, duas regras jurídicas, correspondentes aos direitos absolutos, que se violariam ainda sem culpa, e aos outros direitos e interesses, que somente por culpa se violam. O ***§*** 823, alínea 1ª, como o art. 159,

nada tem com a lesão sem culpa, que, feita à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à verdade, à honra e ao nome, há de ser objeto de condenação. Se A mata a B, ainda sem culpa, responde segundo o art. 1.537, tanto que, se o matou, para salvar as vidas dos passageiros de ônibus, contra A existe a ação e a A toca a ação regressiva do art. 1.520, parágrafo único (argumento *a fortiori)*.

O principio da culpa (art. 159) não significa que toda indenização só seja por culpa; apenas significa que excepcionalmente só se responde por culpa, nas espécies do art. 159, como somente por dolo, nas espécies dos arts. 93, 1.127 e 1.057, 2ª parte. O que se põe, em caso de ato ilícito absoluto, é a responsabilidade, sempre, pela culpa, embora possa haver, também, fundada noutro princípio, a responsabilidade sem culpa e, às vezes, até sem ato. Assim, se há culpa do preponente, ou do representado, não importa se não houve do preposto, ou do representante (E. Feder, *Verantwortlickkeit for fremdes* Verschulden, 90; K. Linckelmann, *Die SchadenersatzpJlicht,* 77 e 82; G. Mende, *Die Haftung des Vertretenen,* 36). Cumpre, aliás, advertir-se em que o ato do representante pode ser ato de adimplemento, ato-fato jurídico, em que não caiba falar-se, rigorosamente, de representação (B. Breitenstein, *HaJtung for frerndes Verschulden,* 24). Ainda assim, muito diferente é o que se passa com a responsabilidade pelo ato do órgão das pessoas jurídicas, porque, nelas, há administração para fim (G. Krúger, Die *Haftung der juristischen Personen,* 18).

Capítulo IV

Atos ilícitos *lato sensu*

§ 164. Conceito lato de ilicitude

1. *Ilicitude e reparação, insuperponibilidade conceptual.* A tratação das obrigações por atos ilícitos, em separado e minudentemente. levou a doutrina a considerar os atos ilícitos como classe de fatos juridicos, ao lado, e exaustivamente, dos atos jurídicos (lícitos) e dos fatos jurídicos *stricto sensu.* Bem tarde se percebeu que essa tricotomia não era exaustiva: há mais atos ilícitos ou contrários a direito que os atos ilícitos de que provém obrigação de indenizar. Por outro lado, há obrigação de indenizar sem ilicitude do ato ou de conduta.

Tiveram-se, pois, de reclassificar os fatos jurídicos em geral; mas, já agora, arrolando-se todos eles, em vez de se cogitar, apenas, daqueles que a tradição apontava como mais típicos ou, o que fora pior, como os mais fáceis de classificar. A ilicitude pode ser encarada como *juridicizante,* isto é, *a)* determinadora da entrada do suporte fático no mundo jurídico para a irradiação da sua eficácia responsabilizadora (art. 159), ou *b)* para a perda de algum direito, pretensão ou ação *(caducidade com culpa,* como se dá com o pátrio poder (art. 395 e Código Pena!, arts. 92, II, 136, 244 e 246, *e.g.),* ou *c)* como *infratora culposa de deveres, obrigações, ações ou exceções,* tal como acontece com toda responsabilidade culposa contratual, ou como *nulificante* (art.

145,1). Só a análise das quatro espécies há de trazer mais clareza ao assunto, com o tratamento de cada uma, separadamente, sem se apagar o elemento comum. Aqui, só nos caberia cogitarmos do ilícito que se passa no *plano da existência ,* distinguindo o ato ilícito gerador de obrigação de reparar e o ilícito determinador de caducidade. O ilícito concernente à nulidade já entende com o *plano da validade;* e o ilícito das infrações das obrigações, com o *plano da eficácia.* Todavia, convém , na Teoria Geral do Direito Privado, conceituarem-se os quatro, para que os seus traços diferenciais ressaltem.

2. *Atos ilícitos* stricto sensu. Os atos ilícitos *stricto sensu,* a que chamamos, de ordinário, apenas atos ilícitos, são os *delitos,* delitos de direito penal e delitos de direito privado, ou de algum ramo do direito

público sem ser o penal. O mesmo suporte fático pode ficar sob a incidência de duas ou mais regras jurídicas, donde, com o mesmo ato, ter o agente de sofrer pena criminal, indenizar e sofrer perda do pátrio poder, ou de cargo público, ou de outro direito. A omissão — e não só o ato positivo — entra no rol das causas. O direito não poderia, em sua praticidade característica, desconhecê-lo: seria ser daltônico para grande parte do mundo dos fatos. Para o jurista holandês de Vries (De *Delictis omission is,* 46), toda omissão poderia causar responsabilidade; parece que foi o jurista danês Oersted *(Ober die Grundregeln,* 201 **S.;** 510 s.) quem primeiro advertiu em que a omissão, para causar responsabilidade, tem de implicar ação, ser como *a ação.*

No plano do direito privado, o ato ilícito entra no mundo jurídico como fato que a regra jurídica previu, como prevê os fatos lícitos. No sentido „ato jurídico = ato que entrou no mundo jurídico", o ato ilícito é ato jurídico, posto que ilícito. O direito tanto se preocupa com os atos lícitos, que acolhe e regula, quanto com os atos contrários a ele, que ele tem de colocar no seu mundo (que é o mundo jurídico), em vez de previamente os repelir e os deixar fora do mundo. E a diferença, que se há de precisar a propósito de não-sério inexistente (a letra de câmbio feita em aula de professor de direito comercial) e não-sério eficaz (a letra de câmbio que foi sacada, como pilhéria, contra alguém, sem que o sacador pensasse que o sacado levaria a sério o seu saque, exemplo que só se refere às relações entre os dois). Nos atos ilicitos de direito privado, *stricto sensu,* a conduta é culposa, contrária a direito e repulsável por indenização. São o correspondente — no plano da ilicitude — dos atos jurídicos *stricto sensu,* porque os seus efeitos são *ex lege. a) O ato,* que há neles, foi de Conseqüências previsiveis; donde: a contrariedade a direito, *injuridicizável* **(** = no mundo jurídico, não-contrariedade a direito), do ato lesivo do absolutamente incapaz por idade, ou loucura, ou surdo-mudez (art.

52, *1*- III); a contrariedade a direito, *injuridicizável,* do ato praticado em legítima defesa ou no exercício regular de direito reconhecido (art. 160, 1); a contrariedade a direito, *injuridicizável,* do ato lesivo de deterioração ou destruição da coisa alheia (art. 160, II), em caso de necessidade. O ato, como elemento do suporte fático, é contrário a direito, mas o suporte fático somente se completaria e, pois, com a incidência do art. 159, entraria no mundo jurídico, se o elemento capacidade delitual se inserisse (art. 52, 1-111), ou se não houvesse surgido o elemento *excludente* das regras jurídicas do art. 160, 1 e II. Portanto: falar-se de contrariedade a direito injuridicizável é mistura de conceitos de duas linguagens diferentes, a do mundo fático e a do mundo jurídico. O contrário, faticamente, a direito (CFD), pois que o mundo jurídico não no considera contrário a direito, é apenas fato:

CFD — CD F. O art. 159 concentra toda a normatividade a respeito da ilicitude *stricto sensu;* é a fórmula legal do *princípio da responsabilidade pela culpa,* a regra jurídica que incide sobre todos os atos que ela prevê, contrários a direito e culposos, pondo-os, assim, no mundo jurídico; é o sinete que os marca e coloca no espaço do direito:

"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano" (art. 159, alínea 1ª); "A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, ads. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553" (art. 159, alínea 2ª. As regras jurídicas do art. 160, 1 e II, são exceções ao art. 159; operam como regras jurídicas *pré-*

excludentes, de modo que o que seria, no mudo jurídico, ato ilícito, *stricto sensu,* nao no é, a despeito da sua ofensividade a direito, da sua lesividade. O sistema jurídico repele-o como ato ilícito, não se juridiciza o ato lesivo, posto que outra regra jurídica, que não atende à ilicitude e, portanto, prevê ato que não é ilícito como elemento do seu suporte fático, lhe dê entrada no mundo jurídico (arts. 1.519 e 1.520). *b)* Além do ato, é, pois, elemento essencial do ato ilícito a *violação do ordenamento jurídico,* a contrariedade a direito (art. 159, *verbis* "violar direito, ou causar prejuízo a outrem"). Tal requisito falta nas espécies do art. 160, 1 e II: há o prejuízo; a não-entrada delas no mundo jurídico não se dá, a despeito de haver essa lesividade. Pode bem ser que se viole, *de fato,* o próprio direito penal, sem que o mundo jurídico receba como ato ilicito, como delito, o que se praticou. E de notar-se que o art. 159 não se referiu somente à violação de direitos subjetivos *(verbis*

"violar direito"); referiu-se, também, a "prejuízo a outrem". Assim, a ofensa ao corpo, à vida, à integridade física e psíquica, à honra, à saúde, à liberdade, à propriedade, é elemento que basta; e basta a ofensa a interesses, ainda que não sejam conteúdo de direito subjetivo. Ponto, esse, da maior importância, assim técnica como prática, porque envolve o interesse moral, religioso, intelectual, artístico, educacional, ou outro. A diferença de tratamento, quanto à violação do direito subjetivo e à violação do interesse, protegido por direito não-subjetivado, está em que aquela é perceptível ao primeiro exame (= a contrariedade a direito não precisa ser mostrada, resulta da *res deducta),* e essa tem de ser apontada, *deducta.*

c) A *culpa* é o terceiro elemento. Basta a negligência. A lei fala de "ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência" (art. 159). Porém a culpa não é pressuposto necessário se se trata de direito

absoluto: quem entra na propriedade alheia, como se fosse sua, ou fere alguém, ou assassina alguém, ou ofende a honra de alguém, usurpa direito autoral de personalidade, comete ilícito, ainda que sem culpa.

Teremos ensejo de vê-lo, mais de espaço, a propósito dos direitos de personalidade e do direito de propriedade. Consequência: o ato de negação ou ursurpativo éato ilícito *lato sensu;* não ato ilícito *stricto sensu.*

O ato entra como ilícitos *stricto sensu* no mundo jurídico se dele deriva dever de indenizar. Já se está *no plano da eficácia.* É erro, portanto, pensar-se que a distinção entre atos ilícito *stricto sensu,* atos culposos determinadores de caducidade e atos culposos infratores de deveres, obrigações, pretensões e exceções relativas e atos culposos nulificantes se passa no interior do plano da existência. As duas primeiras espécies já se distinguem no plano da existência; entre as três primeiras espécies, a diferença é no plano de eficácia, ao passo que, no tocante à terceira, a característica concerne ao plano da validade. A classificação leva em conta, portanto, os elementos comuns do suporte fálico: o ato e a contrariedade a direito (o *Unrecht,* a *Rechtswidrigkeit,* que é equívoco traduzir-se, como se tem feito, como injuridicidade, pois o ato ilícito, o crime, entra no mundo jurídico) e a culpa; e os elementos diferenciais, *que são no plano da eficácia:* indenização extracontratual, ação (atos ilícitos *stricto sensu);* caducidade (ilícito precludente); adimplemento pelo equivalente, ação (violações culposas dos deveres, obrigações e exceções). O ilícito nulificante tem particularidade, que se pode observar no suporte fático como *défice,* posto que só se verifique *depois* da juridicização e *antes* (logicamente, pelo menos) de se irradiar a eficácia, — no plano da validade.

Se a regra jurídica dispensa a culpa como elemento do suporte fático do ato ilícito *stricto sensu,* há classe à parte de ato ilícito, a que não serviria o nome de ato ilícito *stricto sensu.* Seria de dizer-se ato ilícito *stricto sensu* objetivo, se o adjetivo não criasse ambigúidade. Melhor diremos ato ilícito *stricto sensu* bruto.

É de grande importância teórica e prática saber-se que os três elernentos são comuns às três primeiras espécies de ilícito (ato ilícito *stricto sensu* ou extranegocial, ato ilícito *caducificante* e ato ilícito *uiolador de eficácia).* O conceito de culpa é o mesmo para as três: os mesmos, os pressupostos de contrariedade a direito; e de imputabilidade.

O ato jurídico ilícito penal, que, por brevidade, chamaremos, daqui em diante, ato ilicito penal, é o ato ilícito que entra no mundo jurídico e tem como possível efeito a aplicação da lei penal. Rigorosamente, à entrada do suporte fático no mundo jurídico, a lei penal incide, porque tal incidência é abstrata e infalível, —

quaisquer que sejam as possíveis determinações concretas pelo aplicador da pena. A lei penal incide com todas as variações possíveis de que é suscetível o seu conteúdo concreto.

3. *Atos ilícitos caducificantes.* Os atos ilícitos *caducificantes* são aqueles atos culposos que, contrários a direito, têm como eficácia jurídica (= irradiação de Conseqüências jurídicas) a caducidade. Os elementos contrariedade a direito e culpa é que os diferenciam das outras espécies de caducidade. Porque caducidade é *eficácia.* Somente por abreviação podemos falar de atos ilícitos *stricto sensu* e caducidades culposas, como de atos-fatos jurídicos e caducidades sem culpa, ou de atos jurídicos *stricto sensu* e caducidade por perdão.

Os fatos jurídicos são, aí, os atos culposos caducificantes (= com eficácia de caducidade ou caducação), os atos-fatos caducificantes, como o decorrer do prazo preclusivo para o direito formativo, o ato jurídico *stricto sensu* caducificante, como o perdão. Não seria possível, por exemplo, tratar-se unitariamente da capacidade no tocante às caducidades, porque os atos ou fatos que estão à base delas (elas só são *efeitos)* se colocam em diferentes classes de fatos jurídicos. (Dai a impropriedade da alusão às caducidades, *Verwirkurigen,* como uma das classes dos atos contrários a direito; por exemplo, L. Enneccerus, *Lebrbucb,* **1,** 30ª-34ª ed., 334, aliás exemplificada por ele com o assentimento ao adultério, *§* 1.565, que não é, de modo nenhum, caso de caducidade).

4. *Atos ilícitos relativos.* A *violação culposa dos deveres relativos, obrigações, situações passivas nas ações e exceções* (ato ilícito relativo) é ilícito *anti-eficacial, à* diferença do "ilícito" nulificante do art. 145,11, e do contrário a direito do art. 145,111-V, porém também não se confunde com o ilícito *stricto sensu* do art. 159 e com o ilícito caducificante *(e.g.,* art. 395, quanto à perda do pátrio poder). Não se trata somente de violações culposas de deveres, obrigações, ou exceções, que são eficácia de negócios jurídicos ou de atos jurídicos *stricto sensu;* há violações culposas que atingem direitos, obrigações, ações e exceções oriundas dos atos-fatos, atos ilícitos e fatos jurídicos

stricto sensu. Os chamados "direitos absolutos" (direitos de exclusão, direitos que se dirigem contra todos, direitos a sujeitos passivos totais) são violados, de regra, por atos ilícitos *stricto sensu,* sem que se exclua a violabilidade pelo ato-fato ilícito. As regras jurídicas sobre imputabilidade (capacidade delitual) e sobre incapacidade para os atos ilícitos caducificantes e violadores de eficácia são as mesmas *(aliter,* sem razão, E von Liszt**,** *Die Deliktsobligationen,* 9), pois que em todas se cogita de culpa. A culpa do art. 1.118 e a do art. 1.119 não podem ser atribuidas a absolutamente incapaz; nem a do art. 1.267; nem as dos arts. 1.310, 1.312 e 1.380. A mora tem por pressuposto a culpa; supóe: a exigibilidade do crédito, a interpelação ou a regra jurídica *Dies interpellat pro bom me* (art. 960), o fato do inadimplemento, a culpa. No direito civil suíço, não há regra jurídica como a do art. 963 (ou do ***§*** 285

do Código Civil alemão): a mora é puramente objetiva; o ***§*** 285 do Código Civil alemão e o art. 963 do Código Civil brasileiro fazem fundada na culpa a mora do devedor, posto que caiba ao devedor provar a não-imputabilidade. O absolutamente incapaz que não tem representante legal não incorre em mora, ainda que se trate de caso em que se haja de atender ao art. 960 *(Dies interpellat pro bom me):* se não poderia ser interpelado pelo homem, também a lei não o interpela.

§ 165. Generalidades sobre o ilícito lata sensu

1. *Definição.* Os atos ilícitos *lato sensu* são atos humanos que entram no mundo jurídico para serem superadas as suas Conseqüências danosas: ou pela indenização do dano extranegocial (reparação), ou pelas caducidades, ou pela prestação (o que também repara) do equivalente, ou outra execução. O que se exige, a todos, além do *ato* (e às vezes da *culpa),* é a *contrariedade á lei.* Ora, a ninguém é permitido ignorar a lei (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art 3ª: "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece"); porque, se se ignora a lei, nem por isso se deixa de infringi-la: o ato é ilícito, *objetivamente;* o elemento culpa, se aparece, não diz respeito à lei, mas ao ato em si. Por isso mesmo, se se exige culpa, no suporte fático em que está o ato do absolutamente incapaz, há a contrariedade a direito, falta a culpa, que a não-imputabilidade do agente exclui. O ato do absolutamente incapaz contra a lei é contrário a direito; o seu ato não é imputável, nem culposo. No elemento culpa, e não no elemento

ilicitude ou contrariedade a direito, é que está a falta de elemento do suporte fático. Esse elemento é pressuposto de existência (tratando-se de atos que exigem imputabilidade e culpa), e não de validade. Os suportes fáticos de atos ilícitos *stricto sensu* em que falta o elemento da capacidade de obrar contra direito (= capacidade delitual + capacidade para praticar atos positivos ou negativos de que resultem caducidade + capacidade para violar deveres, obrigações, ou exceções), à diferença dos negócios jurídicos e dos atos jurídicos *stricto sensu* em que falta a capacidade de ato jurídico lícito (= capacidade negocial + capacidade de ato jurídico *stricto sensu,* art. 82, *verbis* "validade do ato jurídico requer agente capaz"), não entram no mundo jurídico: o delito do absolutamente incapaz (art. 52) *não é,* o negócio jurídico ou o ato jurídico *stricto sensu* do absolutamente incapaz é e não *vale.* Essa a técnica dos sistemas jurídicos: ao ato licito, a que falta o elemento da capacidade, dá-se entrada no mundo jurídico, apenas deficitariamente; ao ato ilícito, não: fica de fora; tudo se passa no plano da existência. Quando o contrário a direito é tocante ao objeto de negócio jurídico ou de ato jurídico *stricto sensu,* o direito permite a entrada desse, ou daquele, para reprová-lo; o que mostra terem os sistemas jurídicos a política de pôr no seu mundo o conforme e o contrário ao direito, porque, sem isso, não dominaria a esse. Se o contrário a direito é concernente ao objeto, o negócio jurídico ou o ato jurídico *stricto sensa* entra, mas nulo (art. 145, II-V); se é o ato em si, também entra, se há culpa. O contrário a direito, mas sem culpa, não entra como ato ilícito no sentido do ml. 159, e sim como ato-fato ilícito, qual acontece à tomada de posse, com violação da posse de outro, praticável pelo próprio incapaz.

O que acima se disse quanto aos atos ilícitos *stricto sensu* também apanha os atos ilícitos caducificantes e os atos ilícitos relativos culposos; não, porém, os atos ilícitos *stricto sensu* brutos. A responsabilidade pelo ato sem culpa abstrai de todo elemento de capacidade, à semelhança do que ocorre com os fatos ilícitos. De modo que algumas generalidades sobre os atos ilícitos *lato sensu* não chegam até os atos ilícitos *stricto sensu* brutos, nem aos atos-fatos ilícitos.

2. *Ato e omissão (ato negativo).* A ilicitude em senso lato pode consistir em ato ou omissão: a respeito dos atos ilicitos *stricto sensu,* o art. 159 foi explícito; a respeito de alguns atos originadores de caducidades, pode ocorrer que se trate de ato positivo ou negativo *(e.g.,* art. 395, 1: „ Que castigar imoderadamente o filho", II:

"Que o deixar em abandono"; 111: "Que praticar atos contrários à

moral e aos bons costumes"); a respeito de atos violadores de deveres, obrigações e exceções, o ato humano pode ser negativo ou positivo (arts. 863-881, 882-883).

A contrariedade a direito sem o elemento culpa pode dar ensejo à tutela jurídica e o art. 75 o estabelece, necessariamente, porém aí não se trata de ato ilícito, e sim de fato. *E.g.,* se a coisa alheia está em poder de alguém, sem que o saiba. Ato ilícito *stricto sensu* = ato + contrariedade a direito + culpa. Se algum elemento falha, não entra no mundo jurídico: A — ato humano fato do animal ou da coisa; A — contrariedade a direito

= ato-fato jurídico, arts. 160,1-11, e 1.519, ou não; A — culpa, fato puro ou ato ilícito *stricto sensu* bruto. A falta do ato humano desfalca o suporte fático. Assim, o não ser contrário a direito; ou o não ser culposo, se a culpa é exigida.

3. *Proteção pelo direito e contrariedade a direito.* A complexidade dos interesses no amplo mundo jurídico dá a ilusão de que há contradição, às vezes, entre o ser protegido pelo direito e o ser contrário a direito. Se essa ilusão nasce de não se ter dado conta de que há a *incidência,* o *atendimento* e a *aplicação da lei,* de modo que a tutela jurídica procura aplicação quanto ao que, a despeito de ter incidido, não foi atendido, e para isso tem de processar para aplicar ou não, facilmente se justifica. Se, porém, se pretende que o choque é entre incidências, tem de ser combatida tenazmente, porque, sistema lógico, todo sistema jurídico tem de ser interpretado de maneira que nele não haja contradição. Não há ato, ou estado, ou situação, que a certo respeito, ou aspecto, seja contrário a direito, e sob outro, não. O que mais impressiona aos juristas, a esse propósito, é a divergência entre a propriedade e a posse; mas a contradição não existe, como não existe entre a ordem jurídica segundo a incidência das regras jurídicas e o processo, entre as medidas cautelares e as decisões de natureza definitiva satisfatória (sem razão, A. von Tuhr, *Der Aligemeine Te,* III, 455). Não há contradição no sistema jurídico; há superposição de incidências de regras jurídicas, donde terem-se de interpretar com o postulado metajurídico (e metalógico) de que o sistema não apresenta qualquer contradição. Assim, no caso das medidas provisórias, o sistema é tanto sem contradição, se adota as regras jurídicas dos arts. 302, alínea 4t 600, alínea 2ª, e 945 da Ordenação Processual alemã (responsabilidade sem culpa, portanto decorrente de ato-fato), quanto se adota as regras jurídicas dos arts. 16 (responsabilidade com culpa,

portanto decorrente de ato ilícito) e 588, 1, e 811, 1-1V, do Código de Processo Civil brasileiro (responsabilidade sem culpa, portanto decorrente de ato-fato ou mesmo de fato), ou se não adota qualquer responsabiilização.

4. *A chamada culpa* in contrahendo. O problema da chamada *culpa in contrabendo* surge antes de se concluir contrato bilateral, ou, mais precisamente, antes de se concluir negócio jurídico bilateral (contrato, ou não), com eficácia de dever para os dois figurantes. O mal esteve em se ligar a questão à relação jurídica contratual, que aliás, *ex hypothesi,*. ou não se produziu, ou se produziu em negócio jurídico nulo. A investigação ter-se-ia de limitar ao campo da responsabilidade extranegocial, ou por se tratar de responsabilidade por ato ilícito absoluto, ou por se tratar de responsabilidade por ato-fato ilícito. No que se refere ao direito romano, contrato diz-se haver *(emtionem esse)* na L. 21, ***§*** 2, D., *de actionibus enipti venditi,* 19, 1 (Paulo), e na L. 15, ***§*** 1, D., *de contrahenda eniptione,* 18, 1, haver indenização ao comprador; mas são discutidos os textos *(e.g.,* entre Fr. Mommsen, *Erórterungen,* 34, e Fr Drechsler, *Uber den Schadenersatz bel nichtigen Vertrãgen,* 63). Nas L. 8 (Javoleno) e 9 (Paulo), D., *de hereditatis venditione,* 18, 4, na L. 8, ***§*** 1, D., *de religiosis et sumptibus funerum,* 11, 7 (Ulpiano), e na L. 62, ***§*** 1 (Modestino), D., *de contrahenda emptione,* 18, 1, a responsabilidade peío ato improdutivo da relação é evidente. Para o direito romano, não seria de distinguir-se do inexistente o nulo: o *nuílus* não existia, donde pecar pela base a argumentação de H.

Halben *(Uber den Schadenersatz aus nichtigen Vertrãgen,* 18 si. O nome de ação era *quasi ex empto,* conforme está na L. 8, à semelhança da *actio empti, — actio* in *factum,* mas, necessariamente, extracontratual.

Se A escreve a B que lhe compra a casa por x e B vem para que se assine a escritura pública, mas A não comparece, tem A de responder pelo interesse negativo. Se é preciso ter tido culpa, ou se não é preciso, já é outra questão. Se A, comerciante de sementes e plantas, tem na estante "dicionário de raízes", e B, agricultor, o compra, descobrindo, depois, que se trata de raízes gregas, não houve somente erro, mas falta de manifestação de vontade. Tal negócio não entra no mundo jurídico. Responde A pelas despesas que E fez em restitui-lo e tem de dar de volta o dinheiro recebido. Se negociante de quadro ou particular vende quadro histórico brasileiro a turista que lhe dá o endereço de Londres e o turista é avisado de que tem de dar caução pela volta do quadro, a venda e compra é nula, por impossibilidade da

prestação do vendedor, e todas as despesas são por conta do vendedor, um vez que foi ele que deixou de avisar o comprador. Se é preciso o elemento da culpa, é outra questão. Se o menor de dezesseis anos, a quem se deu de presente, ou com cujo dinheiro foi comprado automóvel, o vende, a venda e compra é nula, por incapacidade absoluta do vendedor; não responde ele, porém, aí, pelo interesse negativo: a nulidade foi estabelecida a seu favor, como regra jurídica de proteção a ele. Não importa, aí, se houve dolo, culpa, ou se não houve. Se A, pilheriando. vende a E o cavalo de C, B, que pensava que o cavalo fosse de A e o negócio fosse sério, tem a ação pelo interesse negativo contra A (se não havia pilhéria, a venda e compra perfez-se e vale: apenas é ineficaz para a cobrança da prestação *in natura;* A responde por perdas e danos, em virtude do inadimplemento do contrato consensual).

Quanto ao elemento subjetivo, é claro — no sistema jurídico brasileiro — que, havendo dano e culpa, o art.

159 incide (ou o art. 160, *ex argumento).* Se não há culpa, isto é, se não há, pelo menos, negligência ou falta ao dever de avisar, ou de conhecer e avisar, o problema consiste em se saber se há regra jurídica, escrita ou não escrita, no direito brasileiro, que faça entrar no mundo jurídico como ato-fato ilícito o ato do que ofertou ou aceitou. A resposta serve aos casos em que o negócio jurídico não existe, ou não vale, e aos casos de oferta revogável, se a revogação causou dano (se a oferta é irrevogável, se a revogação causou dano (se a oferta é irrevogável, a revogação é ineficaz). Outrossim, aos casos de transmissão por núncio, ou telegrama, se falsa (não se confunda com as espécies do art. 89 em que argúi o erro o que foi manifestante da vontade).

Até o escrito de R. von Jhering, os juristas somente pensavam em responsabilidade pelo dolo, por se não poder invocar a *lex Aquilia* (inclusive E von Savigny, *System,* III, 294). Ainda depois do escrito de R. von Jhering, insistia-se na tese. Para A. Koeppen *(Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden,* 14, e *Jahrbúcher Jtir die Dogmatik,* 11, 153), em desesperado esforço para superar os dois problemas, o consentimento (elemento do suporte fático) passava a ser requisito para a existência da relação jurídica (eficácia!), e não da conclusão do contrato (existência do negócio jurídico). De modo que, se A promete *a* e E aceita, mas ainda é preciso que faça escritura pública, A e E já concluíram contrato; o que não surgiu foi a relação jurídica. Escusado é dizer-se quanto isso fere a verdade dos fatos e os princípios. Relação jurídica é efeito; antes há de existir o ato jurídico e não ser nulo. Se a

teoria de A. Koeppen fosse admissível, a responsabilidade seria contratual, por culpa. Ignorava ele a diferença entre o suporte fático, que é no mundo fático, o negócio jurídico (que resulta da entrada do suporte fático no mundo jurídico) e o plano da eficácia, onde estão as relações jurídicas. E absurda a afirmação de existência e validade do contrato a despeito da violação da regra jurídica sobre forma, ou sobre ilicitude ou impossibilidade do objeto, ou na espécie em que o núncio doa em vez de vender (contra ele, H. Schott, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden,* 210 **5.;** Er. Drechsler, *Uber den Schadenersatz bei nichtigen Vertràgen,* 30 s.). Tentou outro caminho O. Bãhr (Ober lrrungen im Kontrahiren, *Jahrbticher fÍk die Dogmatik,* 14, 401 s.), seguido por G. Hartmann (Werke und Wille, *Archiu for die ciuilistische Praxis,* 72, 161 **S.):** não haveria, em tais espécies, nulidade, de modo que resultaria do contrato a ação. Era levar muito longe a tutela da boa-fé.

Depois vieram, com o conceito de responsabilidade por culpa, na esteira de Alb. Schweppe *(Das rõmische Privatrecht,* ed., 110), anterior ao escrito de R. von Jhering, H. Richelmann *(Der Einfluss des Irrtums auf Vertráge,* 133 s.), ainda com a explicação pela responsabilidade contratual sem contrato, 1(. Art. von Vangerow *(Lehrbuch,* 1, ***§*** 109), E. Zitelmann *(Irrtum und Rechtsgeschóft,* 301 e 406) e H. Dernburg *(Pandekten,* , 7ª ed., 24 s.), que se refere, em direito comum, à ação do art. 159. Aludiram E. Windscheid *(Lehrbuch,* 6ª ed., ***§*** 307, nota 5; II, 9ª ed., 250 s.) e F. Regelsberger *(Erõrterungen,* 34 s.) a contrato tácito de garantia, o que Fr. Drechsler *(Uber den .Schadenersatz hei nichtigen Vertràgen,* 60 s.) combaTe como ficção escusada, artifício inadmissível, insistindo em que a tutela da *bona lides* não precisava dele (cf. H. Thôl, *Einleitung,* 363).

Quem aliena *res extra cornniercium,* ou bem legalmente inalienável (art. 69) ou inalienável em virtude de cláusula *(e.g.,* art. 1.723), ou bem de família (art. 72), ou bem para cuja alienação precisaria de assentimento de outrem (arts. 72, 235, 242, 251, parágrafo único, IV, 1.132-1.134), sabendo ou devendo saber ser nula a alienação (cp. arts. 156 e 155, que faz existente o negócio jurídico, portanto nada tem com o problema que versamos), responde por ter ocultado ou por ter devido saber. A extracomercialidade e o registro estabelecem para todos dever de saber. Não se precisa de prova da culpa. Se o que sofreu o dano conhecia a causa de nulidade, não tem pretensão à indenização.

1.Atos ilícitos stricto *sensu*

§ 166. Conceitos e elementos do suporte fático

1. *Atos ilícitos* stricto sensu, *elemento diferencial.* Já vimos quais são os elementos comuns aos atos ilícitos *lato Sensu ato* humano e contrariedade a direito. O ato ilícito *stricto sensu* tem a particularidade de violar, com culpa, a regra jurídica, sem atinência a que essa regra regula negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu.* Contraria direito, ferindo (lesando) bens da vida, que o direito protege; independentemente do vínculo entre o ofensor e o ofendido, oriundo de negócio jurídico, ou de ato jurídico *stricto sensu.* E ilícito *stricto sensu,* portanto, todo ato ilícito que ofenda direito subjetivo ou cause outros danos. Não estão em foco regras jurídicas que incidam sobre atos-fatos, ou fatos atos ilícitos.

2. *Ilícito absoluto e ilícito relativo.* Se não há relação jurídica entre o lesante e o lesado ou, se há, os sujeitos são totais, o ato é ilícito *stricto sensu,* de modo que o dever de indenizar não surge de relação jurídica relativa (negocia! ou oriunda de ato jurídico *stricto sensu).* Fala-se de culpa extracontratual, porém o nome é inadequado: as responsabilidades pelo exercício do pátrio poder, pela tutela, pela curatela, pela gestão de negócios, não são responsabilidades contratuais, nem responsabilidades pelo ato ilícito *stricto sensu.* A responsabilidade por ato ilícito *stricto sensu* é pela ofensa ao direito como sujeito passivo total. Uma vez que a lesão é a direito a que todos devem atender, por serem sujeitos passivos inclusos no sujeito total, há ato ilícito *stricto sensu,* e não responsabilidade por violação de direito, pretensão, ação, ou exceção, contra o violador, sujeito *individual* da relação jurídica. E ato ilícito, *stricto sensu* portanto, o que ofende a direitos que todos têm de satisfazer, por sua ação ou omissão.

3. *Espécies fronteiriças.* Um dos pontos fronteiriços entre a responsabilidade pelo ato ilícito *stricto sensu* e pelo ato ilícito *relativo* (C. Crome, *System,* 1, 473: *relatives Unrecht)* ou dependente (J. Kohler: *abl-ângiges Unrecht)* é o que se refere à posse do que tem de restitui-la: se houve violência, clandestinidade, ou transformação da posse precária (art. 489), ou ato de autoridade própria proibida, claro que se trata de ato ilícito *stricto sensu,* ato ilícito absoluto (K. Hellwig, *Lehrbuch,* V, 265; W. Runze, *Die Haftunq des .Schuldners,* 113; sem

razão, F. Lent, *Die Gesetzeskonkurrenz,* 1, 25 s. e 261, e o Tribunal federal alemão, 61, 432, que erradamente argumentou com o caso do arresto que, no direito alemão, produz responsabilidade pelo ato-fato, e não pelo ato ilícito *stricto sensu,* conforme já vimos). Quanto à responsabilidade sem ilícito inicial, E.

Zitelmann (Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiu for die civilistische Praxis,* 99, 25; cp. E. Prym, *Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrag mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung,* 71 s.) considerou-a fundada em relação jurídica entre o proprietário e o possuidor, da qual se irradiam, como eficácia, obrigações pessoais (importante para se saber qual a prescrição). Se essa relação existe, o art. 159

nada tem a fazer; nem, está visto, o art. 503. Portanto, a sua colocação seria nos atos ilícitos *relativos* ou dependentes, e não nos atos ilícitos *stricto sensu,* ou nos atos ilícitos absolutos. Tal como acontece com a gestão de negócios *não* iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do dono do negócio (ads. 1.331 e 1.332). Aí, não há ato ilícito *stricto sensu* mas ato jurídico *stricto sensu.* Se a gestão de negócios foi iniciada *contra* a vontade manifestada, ou presumível, do dono do negócio, a responsabilidade é pela ilicitude do ato-fato (art. 1.332). Somente não há contrariedade a direito, se a gestão de negócios, que é intromissão na esfera jurídica alheia, se fez com o propósito de atender ao interesse e à vontade manifestada, ou presumível, do dono do negócio. Se houve esse atendimento, tudo se desenvolve segundo a relação jurídica que se estabelecgra com o ato jurídico *stricto sensu* da gestão de negócios: qualquer infração de dever, obrigação, ou o que seja, é ato ilícito relativo, e não ato ilícito *stricto sensu.* Dá-se o mesmo com o médico que, diante do estado de loucura, ou de surdo-mudez, do que precisa dos seus cuidados, atua como profissional (E.

Zitelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiv for die civilistische Praxis,* 99, 85, que como F. von Liszt, *Die Deliktsobligationen,* 112. nota 83, nega a existência de "direito" de prestar serviços, "direito profissional", *Berufsrecht):* não tem "direito" a prestar serviços, salvo se a lei, que lhe conferiu o grau, ou a da licença para clinicar, lho deu, ou lhe deu o dever (dever jurídico; não basta a regra de Código de Etica profissional, sem sanção jurídica para as infrações). **É** ir-se muito longe afirmar-se, *a priori,* o direito profissional, como ES. Planck *(Kommentar,* II, 4ª ed., 682 s., ed. anteriores, anotações ao ***§*** 823). A legislação de direito público pode prover, entendendo-se que, se há *dever,* há, com a mesma extensão, *direito.* Também o advogado, que usa da procuração independentemente da caução *de rato,* a favor do

absolutamente incapaz, para cuja representação não há tempo para providenciar, ou do que está preso, ou sequestrado, ou em estado de choque, está na situação do gestor de negócios do art. 1.331. Se há, quanto a ele, direito profissional a interferir, postulando inicialmente, ou em recurso, depende da legislação de direito público a respeito. Não há solução *a priori* a favor da existência desse direito. Nem, aqui, como a propósito do médico, se precisa desse direito para se justificar a sua intervenção com gestor de negócios segundo o art.

1.331 (ato jurídico *stricto sensu).*

Entendia E. Prym *(Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage rnit dern AnsprOche aus unerlaubter Handlung,* 68 s.) que a remissão aos atos ilícitos, que se faz em matéria de tomada de posse por esbulho ou com turbação (art. 503; ***§*** 992, não cabe, se existia relação jurídica relativa entre esbulhado ou turbado e esbulhador ou turvador. Não há, porém, distinção *de lege lata,* nem no direito alemão, nem no brasileiro; nem, *de lege ferenda,* seria de aconselhar-se.

II.Atos Ilícitos Caducificantes

§ 167. Posição do problema

1. *Caducidade, espécie de preclusão.* Os atos ilícitos que não têm a eficácia de dever indenizativo e importam em perda de direitos, pretensões, ações ou exceções são ditos caducificantes, espécie de fato precludente. Quer dizer: a sua eficácia consiste em que direitos, pretensões, ações, ou exceções caiam. A preclusão ou caducidade é só efeito. Na classificação dos fatos jurídicos, o que se tem de procurar é a natureza desses atos ilícitos, a que o legislador conferiu a eficácia de caducidade de direitos, pretensões, ações, ou exceções. Ao direito muito importa a precisão desses conceitos, com que há de trabalhar, cauteloso, o legislador.

2. *Espécies.* A respeito dos atos ilícitos indenizativos, a apuração da culpa afasta-os em duas classes: a dos atos ilícitos stricto *sensu,* caracterizados pela exigência de culpa, e a dos atos ilícitos brutos (= sem exigência de culpa). Se se abstrai do ato, o que surge, no mundo jurídico, é só o ato-fato ilicito. Se há indenização sem contrariedade a

direito, só de ato-fato jurídico se trata. A cada uma dessas espécies correspondem atos caducificantes. Se bem que tenhamos de nos referir a todos, aqui o assunto mais relevante é o ato ilícito caducificante culposo.

§ 168. Conceito de caducidade

1. *Cair e decair.* Dá-se *caducidade* quando algum direito, pretensão, ação, ou exceção, cai. A perda do direito ao pátrio poder é caducidade (art. 395). Do titular do direito, pretensão, ação, ou exceção, diz-se que *decaiu.* Caducidade e decadência têm o mesmo étimo: *cadere;* e o prefixo *de* ai apenas alude à posição mais alta em que se acha aquele que cai; as duas últimas sílabas ao fato e ao fazer-se, respectivamente. Melhor é evitar-se a expressão decadência, que contém referência à gradação desagregante: as caducidades são instantâneas . "Caso" não tem outra origem: é algo que aconteceu, como fruto que caiu, a água que se jorra na terra, a ave que pousa. O que caracteriza a caducidade é que se perde o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, em virtude de ato ou omissão do próprio titular, sem que seja elemento do suporte fático manifestação de vontade negocial ou de ato jurídico *stricto sensu (aliter,* seria renúncia, ou desistência, ou derrelicção, ou perdão). De ordinário, diz-se que tal perda é conseqüência de ato ilícito. Em verdade, a carga de contrariedade a direito é variável: vai do máximo, que é a do ato ou omissão, em que a perda é conteúdo de pena, ou efeito anexo, até aquelas espécies em que o simples decorrer do tempo causa a caducidade (= preclusão), em vez de, por exemplo, causar a prescrição (= em lugar de encobrir, com a exceção de prescrição, a pretensão, ou a ação, ou a exceção, preclui a pretensão, ou a ação, ou a exceção).

Por outro lado, pode ser efeito de ato jurídico *stricto sensu,* como é o caso do perdão.

O Código Civil, no art. 1.748, usa a expressão "caduco", referindo-se a testamento, no sentido de *destitutum, desertum.* Seriam caducos os negócios juridicos testamentários (testamentos), quando se desse exclusão, incapacidade e renúncia. Quanto às duas primeiras espécies, entende-se; não, quanto à terceira. Renúncia ou repúdio não importa caducidade. O que levou o legislador a essa incorreção foi a semelhança entre o negócio jurídico que se esbarronda pelo ato ou fato do beneficiado, com sua eficácia *ex lege,* e o negócio jurídico que

se esbarronda por ato do beneficiado, *ex voluntate.*

2. *Direito de resolução e caducidade.* A perda do direito de resolução, por ato ou omissão do titular, é caducidade. A chamada "rescisão" do contrato, no caso do art. 1.193, é mais do que caducidade, e contém-na. A incursão em pena convencional não no é (sem razão, A. von Tuhr, *Der Allgerneine Te,* 93). **É**

caducidade a perda do pátrio poder no caso de novas núpcias da mãe (art. 393): o direito que lhe nasce, enviuvando, é *ex novo.* O perdão ou é concebido pela lei como o ato *antes* da entrada da ofensa no mundo jurídico, e então tem de ser tido como não-existente o ato jurídico, pelo acontecimento do perdão; ou é concebido como o ato *após* a entrada da ofensa no mundo jurídico, e então é causa de caducidade. O último é o conceito que se adota no sistema jurídico brasileiro.

3. *Cláusulas cassatórias e privativas.* As cláusulas cassatórias ou privativas, aplicadas ao negócio jurídico, quanto a disposição nele contida, inclusive quanto às disposições de última vontade, podem dar ensejo, não a caducidade, mas a pena convencional, ou a efeito que o manifestante da vontade, ao inserir a cláusula quis. O

último é o conceito que se adota, como veremos, no sistema jurídico brasileiro.

Atos Ilícitos Relativos

169.Conceito

1. *Fato ilícito e ato ilícito relativos.* O fato ilícito relativo é o que ofende qualquer direito relativo, pretensão, ação ou exceção que se dirija contra determinada pessoa. O ato ilícito relativo é espécie de fato ilícito relativo e ao mesmo tempo de ato ilícito; distinguese, ali, do fato ilícito absoluto e, aqui, do ato ilícito *stricto* sensu como do ato ilícito *stricto sensu* bruto e dos atos ilícitos caducificantes e nulificantes. A falta de pesquisa científica, que obrigasse os juristas a somente algo enunciar sobre os fatos jurídicos depois de os

conhecerem todos, ou quase todos, levou-os a falarem de atos ilícitos e de infrações contratuais, culpa extracontratual e culpa contratual, como se o que eles viam como culpa, fora do ato ilícito *stricto sensu,* fosse só culpa contratual. Ora, a culpa no exercício do pátrio poder, da tutela, ou curatela, quando dela não resulta perda (portanto, caducidade: art. 395, perda do pátrio poder; arts. 413, 445, 443, III, e 453, remoção de tutor ou curador), é culpa por ato ilícito relativo *(aliter,* se cabe no art.159), bem assim a da gestão de negócios que não se iniciou contra a vontade manifesta ou presumível do dono do negócio (art. 1.331), a do possuidor da coisa alheia em esbulho ou turbação.

2. Composição *do ato ilícito relativo.* Ato ilícito relativo há, sempre que do ato de alguém resulta violação de direito relativo, de obrigação relativa, de ação relativa, ou de exceção relativa. Se não se exige a culpa, ainda pode ser que o ato continue ato ilícito relativo, se do ato não se abstraiu: então, há ato relativo bruto. Se se abstrai do ato, está-se na classe dos atos-fatos ilícitos.

§ 170. Pluralidade de regras jurídicas (ilícito absoluto e ilícito relativo)

1. *Multiplicidade de incidências.* **O** mesmo ato pode ser elemento dos suportes fáticos de regras jurídicas diferentes; inclusive a incidência de uma delas pode fazê-lo entrar como ato ilícito relativo, e a de outra, como ato ilícito absoluto. Basta para isso que, violador de contrato, ou de outro negócio jurídico, ou de ato jurídico *stricto sensu,* também o seja de direito absoluto; ou, melhor, que o ato seja ilícito absoluto e o fosse ainda se não existisse a relação jurídica entre o agente e o lesado. O que se apropria do depósito viola as obrigações do depositário e ofende o direito de propriedade, civil e penalmente. Discute-se se, *de lege lata,* as duas ou mais regras jurídicas incidem, ao que não há qualquer obstáculo lógico ou politico; ou se só uma delas pode incidir.

2. *Teorias o respeito da pluralidade das regras* jurídicas. Na verdade, o que importa saber-se é se, na falta de lei explícita, é de interpretar-se que uma, todas, ou algumas das regras jurídicas incidem. Posta nesses

termos a questão, evidentemente se simplifica.

a) Teorias da concorrência. Todas as regras jurídicas, ou, ao que nos interessa, a regra sobre atos ilícitos absolutos e a regra sobre atos ilícitos relativos (a do contrato, a do negócio jurídico, ou a do ato jurídico *stricto* sensu, e a do ato-fato ilícito absoluto, ou a do ato ilícito *stricto sensu,* ou a do ato ilícito absoluto e a do ato ilícito relativo) incidem. Assim, F. von Liszt *(Die Deliktsobligationen,* 1, 10 s., 275 s.), H. Stipanski *(Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage,* 47), H. Behrend *(Die Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage,* 37), H. lsay (Die *Geschâftsjàhrung nach dem EGE.,* 401), L. Kuhlenbeck *(Das Bàrgerliche Gesetzbuch,* 1, 2ª cd., 671): as pretensões concorrem; mas onde a regra jurídica sobre ato ilícito relativo, ou convenção permitida, limita a responsabilidade ou limita a culpa mais pesada, tal limitação influi na pretensão oriunda do ato ilicito *stricto sensu (E* von Líszt, 13 **S.;** Th. Kipp, B. Windscheid, *Lehrbuch,* II, 9ª ed., 50). Naturalmente, há de se exigir que se possa, a respeito da matéria, convencionar. Veremos que dai se abriu o caminho às teorias c.

b)

Teorias do primado do ato ilícito relativo. As regras jurídicas concernentes a delitos, atos ilícitos *stricto sensu,* são excluidas pelas regras jurídicas especiais sobre atos ilícitos relativos. Noutros termos, rigorosamente científicos: a incidência da regra jurídica sobre ato ilícito relativo tem-se por logicamente primeira e retira ao suporte fático a suficiência para que a regra jurídica sobre ato ilícito *stricto sensu* incida.

Tal foi a opinião de E Endemann *(Lehrbuch,* 11, 4ª cd., ***§*** 200, nota 4; depois mudou), que frisava a nãoincidência da regra jurídica sobre ato ilícito *stricto sensu* (delito): o comodatário, que causa dano à coisa comodada, ainda que, se se abstraísse da relação jurídica de comodato, com isso cometeria crime, ou delito civil, somente responderia pela culpa do ato ilícito relativo (aí, contratual), e não pela culpa do ato ilícito *stricto sensu* (também, K. Linckelmann, *Die Schadenersatzpflicht nus unerlaubten Handlungen.* 20 **5.;** E.

Eck, *Vortrãge,* II, 601). Precisando que a regra jurídica sobre delito tem de ser atendida se nada tem o seu suporte fático com o suporte fático da regra jurídica sobre ato ilícito relativo, K. Hellwig *(Lehrbuch,* 1, 266

5.; *Anspruch und Klagrecht,* 98 sj pôs por princípio que a regra jurídica especial, a do ato ilícito relativo, *Iex specialis,* afasta a *lex genera lis;* se o conteúdo do negócio jurídico ou do ato jurídico *stricto sensu* é determinante para o delito, — advertiu, depois, o próprio K. Hellwig (Gesetzkonkurrenz und Tierhaftung, *Deutsche Juristen-Zeitung,* 11, 1.290).

c) Teorias sintetizantes. entre a tese e a antítese das teorias acima referidas puseram-se as que tentaram síntese. H. Dernburg *(Das Búrgerliche Recht,* II, 3ª, ***§*** 64,11) entendeu que o simples fato de só responder por dolo, ou culpa grave, o agente do ato ilícito relativo não o exime de responder pelo ato ilícito absoluto, se, quanto a esse, basta à responsabilidade a culpa leve: as estradas de ferro não podem escusar-se com os seus contratos de adesão, se a locomotiva explode, ou perde os freios. Assim, C.

Crome *(System,* 1, 489 e 532), R Langheineken *(Anspruch und* Em *rede,* 139), E. Prym (Die *Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Ansprúche aus unerlaubter Handlung,* 63), R. Weyl *(System der VerschuldensbegriJJe,* 268), H. Staub (Die positiven Vertragsverletzungen, *Festschrift 11k d. XXVI Deutschen Juristentag,* 38) e J. Kohler *(Lehrbuch,* II, 40 e 537), além de alguns comentadores.

Quando mudou de opinião, sustentou E Endemann *(Leh rbuch,* 8ª ed., ***§*** 200, notas 10-13), como W. von Blume (Vertragshaftung und Deliktshaftung, *Das Recht,* IX, 481), e O. Chr Fischer *(Die Verletzung des Glàubigerrechts ais unerlaubte Handlung, 76* s. e 106 s.), que o elemento de ato ilícito relativo pode atingir o suporte fático do ato ilícito absoluto, de modo que se tem de descer à análise das espécies, para se saber se houve a retirada de elemento do suporte fático, e nesse sentido há verdadeira concorrência de regras jurídicas; mas admite que a pretensão delitual possa, em espécies, ficar só, ou só a do ato ilícito relativo, ou ambas. Na 2ª ed. do *Recht der Schuldverhàltnisse,* P. Oertmann viu casos do primado do ato ilícito absoluto, portanto eliminação da concorrência *(e.g.,* presente de bebida arruinada, ou envenenada, entrega de carvão explosivo), casos em que prima o ato ilícito relativo *(e.g.,* locação de casa com mobiliário e livros e perda desses pelos cupins) e casos de concorrência (o cozinheiro envenena os patrões, com gêneros poluídos; o locatário estraga o cavalo de corridas, pondo-o a trabalhar em carroça). Já W. von Blume havia reduzido os grupos a dois: o em que cede o direito delitual (a copeira quebra o jarro de Sevre, que se achava na sala de jantar; o que

encontrou a jóia perdida deixa-a onde está, art. 605); o em que a regra jurídica sobre ato ilícito absoluto não se flete diante da outra *(e.g.,* a copeira usa o espelho do quarto da patroa e quebra-o; o achador da coisa perdida toma-a e perde-a). O. Chr. Fischer *(Die Verletzung des Glaúibigerrechts ais unerlaubte Handlung,* 68 s. e 92 s.) raciocinou com aparente exaustão lógica do assunto: se a relação jurídica relativa permite o ato, não há pensar-se em ato ilícito absoluto; se a relação jurídica relativa não permite o ato e o abrange todo, incide a regra jurídica sobre o ato ilícito relativo; se o ato, em sua contrariedade a direito, não está em relação com o ato jurídico, a sua ilicitude é absoluta *(e.g., o* locatário joga setas no tapete da parede, ou o usa como forro do quarto de cães; o administrador acende o fogo com documentos de papiro, ou folhas de livros antigos, ou de uso).

3. *Cumulação e escolha.* No direito romano, havia a concorrência das regras jurídicas *ex uno Jacto;* concebia-se, algumas vezes, que um só fato produzisse uma só obrigação e duas ações, *ex una obligatione duae actiones,* com a opção ao credor, — o que pareceu a alguns inconcebível para *o* direito de hoje (K

Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 267, nota 61); verdade é, porém, que a cada momento o direito moderno continua de permitir a ação de diminuição do preço ou a de rescisão pelo vicio da coisa, além da escolha entre a via ordinária e a executiva Gá aqui no tocante à „ação, no sentido processual). A L. 1, *§* 21, D., *de tutela,* 27, 3, falou de duas ações de tutela, oriundas de uma só obrigação, tais que, exercida uma, a outra se extinguia *(perempta est);* porém, aí, percebia o intérprete que a ação de ato ilícito absoluto provinha das XII Tábuas (condenação à infâmia e à restituição do dobro) e o pupilo como que escolhia entre a ação do direito elaborado no passado e a do novo direito. Na L. 34, *pr.,* D.. *de obligationibus et actionibus,* 44, 7, Paulo, segundo o seu livro de *concurrentibus actionibus,* cogitou da concorrência das ações da lei Aquília e da lei de injúria e o seu raciocínio analisava as opiniões discordantes: haviam de competir ambas, uma *ex culpa,* outra *ex aJfectu;* mas alguns diziam que, escolhida uma, a outra se consumia; outros, que, com a ação da lei Aquília, a de injúrias se extinguia, porque deixou de ser bom e eqUitativo que fosse condenado o que já prestou o estimado, e se houvesse, antes, exercido a de injúria, ficaria o réu sujeito à ação da lei Aquília; a nenhuma se ligava Paulo, inclusive à última, salvo se exercida a ação da lei Aquília pelo que competisse a mais (nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competiu, e formulou a sua opinião: a de ser licito escolher a ação que se há de propor, podendo obter, com a

outra, o que a mais está nela (rationabílius itaque est eam admitti sententiam, ut liceat ei quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi). Herênio Modestino (L. 53, D., 44, 7) frisou que havia as duas ações e a escolha era quanto à propositura (una tantummodo, non omníbus utendeum est), o que demonstra não ter o discípulo de Ulpiano meditado sobre as razões de Paulo. Os juristas que explo~ raram a expressão *ex una obligatione* não atenderam a que *obligatio,* aí, não é eficácia, mas suporte fático: está, aí, por *ex una re.* O que não se pode é pedir o mesmo *mais de uma vz;* exercida, a pretensão extingue-se; o adimplemento dela extingue a outra, que, por ter o *mesmo* conteúdo, está satisfeita. Entenda-se por mesmo também o equivalente, para se abrangerem os casos da *reivindicatio* e da *actio commodati.*

§ 171. Solução da questão

1. *Natureza das relações jurídicas.* Para bem apanharmos as soluções exatas, devemos advertir em que se trata, apenas, de determinar *qual a lei* ou *quais as leis* que, dentre leis sobre o ato contrário a direito, hão de incidir. O que se passa concerne a elemento do suporte fático, é certo; porém não à *contrariedade a direito,* e sim à *culpa* (com razão contra H. Dernburg, H. WaldmUller, *Verletzung uon Schuldnerpflicht und unerlaubte I-Iondlung,* 4). Não é possível, se a lei sobre ato ilícito absoluto não passa, por sua finalidade político-jurídica, evidentemente, à rente da outra, ou se, pela particularidade que há no suporte fático *(ex* hypothesi, portanto, não o mesmo), não passa ao lado, responder-se *a priori.* Toda relação jurídica tem o seu fim; se essa relação não deriva de outra, a que corresponde direito absoluto (ditas absolutas ambas, sem razão, porque a primeira o é, e a segunda não), o ato ilícito foi ilícito relativo, e há indenização não regida pelo art. 159. O ato ilícito absoluto teria de ir contra relação jurídica absoluta **(**= a sujeitos totais); de modo que se formaria outra relação jurídica, já então relativa. A plena satisfação pelo ilícito absoluto só exaure a pretensão pela violação da relação jurídica relativa, se as *duas* coexistiram desde o início, em vez de se superporem, se essa pretensão não se funda em culpa mais leve, ou se não é além dos direitos objetivos da indenização pelo ato ilícito absoluto. Todas essas questões têm de ser versadas *a posteriori,* de olhos fitos nas regras jurídicas que concorrem. Se a pretensão *ex delicto* reflui sobre a do ato jurídico, ou se reflui essa sobre aquela, ou se há escolha quanto à ação, ou só processual, ou só na liquidação, são questões que só se resolvem com

o exame das regras jurídicas em causa. Mesmo porque há a prejudicial de ser renunciável, ou não, uma delas; assim, se o não é, não se pode pensar em se afastar a essa pela outra.

2. *Análise das espécies. (a)* Se o ato ilícito absoluto do devedor não tem suporte fático comum com a violação da relação jurídica relativa, isto é, se o mesmo ato não entra no mundo jurídico como ato ilícito relativo, claro que só incide o art. 159. Não há concorrência de regras jurídicas.

(b) Se, em vez disso, o suporte fático de uma das regras jurídicas contém o de outra, de modo que se pode falar de "mesmo" suporte fático, ainda se um é maior do que o outro, — ou (1) ambas as regras jurídicas incidem, o que só se dá se *a)* o devedor *dolosani ente* viola a relação jurídica relativa, ou *b)* se o ato ilícito absoluto foi contra direito, pretensão, ação, ou exceção irrenunciável, ou (2), se não há *a,* nem *b,* a regra jurídica do ato ilícito relativo é que incide (ou, excepcionalmente, a outra).

Em verdade, estão-se a enunciar princípios formais. Temos exemplo de *a,* nas obrigações de possuidor da herança de devolver o que percebeu e de ressarcir o dano que causou por dolo ou culpa (art. 1.778). Há, aí, concorrência cumulativa de ações. —não de regras jurídicas. Temos exemplo de *b,* 1 *a),* no que não paga a dívida, para que o credor abra falência, ou no que paga a dívida com dinheiro suscetível de ser apreendido.

Temos exemplo de *(b),* 1 *b),* se o devedor deixou de entregar o preço da coisa inalienável, que se tem de subrogar, ou se o médico matou o cliente, ou agrava a doença desse, por ato ilícito absoluto (P.Fromherz, Haftet der Arzt auf Schmerzensgeld, *Archiv fïir die civilistische Praxis,* 108, 435 **5.;** cf. E. Rabel, *Die HaJtpflicht des Arztes,* 79), ainda quando chamado pela polícia (H. Joachim e A. Korn, *Deu tsches Arzterecht,* 345), ou sem receber honorários. A gestão de negócios não suprime, aí, a contrariedade a direito, por negligência, ou imprudência. Nem tinha razão Búrgner *(Das Verhãltniss des Anspruchs aus unerlaubter Handlung zuni Vertragsanspruch,* 27), excluindo a ação *ex delito* do que convidou amigos para refeição em restaurante, se ficaram envenenados, e mantendo-a aos convidados. A relação jurídica relativa não tira, aí, a ação do ato ilícito absoluto, de modo que a distinção é falsa.

Em *(b),* tratou-se daquelas espécies em que uma regra jurídica *exclui,* por si mesma, a outra; porque, então, é *lex specialis* (conceito que K. Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 266, *Anspruch und Klaqrecht,* 98 s., generalizara em demasia, a ponto de estabelecer confusão entre concorrência e não-concorrência): a regra jurídica especial recortou, no que é seu conteúdo, o conteúdo da regra jurídica geral (derrogando-a, se posterior a essa).

Exemplo: Nos contratos comutativos, se a coisa foi recebida com vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor, pode ser enjeitada (art. 1.101), ou ser pedida a diminuição do preço (art. 1.105). Tais regras jurídicas são *lex specia lis* e não se ligam à anulabilidade por erro (arts. 86-91). É possível que, excepcionalmente embora, a *lex specialis* deixe subsistir todo o conteúdo da *lex generalis,* anterior ou posterior (cf. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 2ª, ***§§*** U e 2ª).

Também acima não se cogitou das regras jurídicas, cujas partes integrantes são de épocas diferentes, como acontece com as consolidações e o vimos a respeito do Digesto: hoje em dia, o melhor critério é o de se entender que a preferência pela mais nova exclui a mais velha; a preferência pela mais velha somente exclui a mais nova, se a *contém.*

3. *Aparente contradição entre regras jurídicas.* Se há contradição entre as regras jurídicas, não há problema de concorrência (ou, sequer, pluralidade de leis), porque o sistema jurídico, por ser sistema lógico, tem de ser isento de contradição: ou *a)* a contradição é *invencível,* e ± 1 - 1 0; donde haver lacuna no sistema jurídico, se outra regra jurídica não enche o espaço que qualquer daquelas, ou uma delas encheria (Hans CarI Nipperdey, em L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, ***§*** 54 a, VI, não viu isso); ou a contradição é *vencível,* e a solução que se dá é no plano da *interpretação,* e não no da *incidência* das leis.

4. Falsa alternatividade. Fala-se da *alternatividade* (escolha, com a consequência da extinção da não escolhida). Se depois de concluir o contrato comutativo, em mora o devedor, se impossibilita a prestação (art. 957), mas, antes, já a coisa tinha vícios ou defeitos ocultos (arts. 1.101-1.106), pode o contraente escolher a *actio redhibitoria* (ou a *quanti* minoris), ou exigir a indenização. É o que também se passa com a indenização pelo ato ilícito absoluto e a indenização pelo ato ilícito relativo; mas a solução não é a mesma, conforme vimos, pois casos há

em que só a regra jurídica do ato ilícito relativo incide. Ora tem razão a teoria da concorrência de leis, ora a teoria da concorrência de pretensões, ora a do primado da regra jurídica concernente ao ilícito relativo. Se a regra jurídica sobre ato jurídico *(e.g.,* arts. 1.253, sobre comodato, e ads.

1.277, sobre depósito) é menos exigente que a do art. 159, há, no plano da incidência das leis, exclusão dessa, porque um dos elementos comuns aos dois suportes fáticos foi "reduzido". No caso de gestão de negócios, por exemplo, para acudir a prejuízos iminentes, o gestor somente responde por dolo ou culpa grave (arg. aos arts. 1.340 e 160). A pretensão oriunda de ato ilícito absoluto não precisa estabelecer-se entre proprietário ou possuidor reintegrado, ou manutenido, e possuidor fora do art. 503, porque esse se satisfaz com a contrariedade a direito transubjetiva (= sem culpa), ou objetiva (fatos ilícitos). Se o caso não entra no art. 503, toda responsabilidade derivada da posse se rege pelos arts. 510-519, como *leges speciales.* A reivindicação, com a indenização, exclui a ação civil pelo ato ilícito *stricto sensu,* porque é *lex specia lis;* e chega ao mesmo resultado, ou melhor.

§ 172. A Impossibilidade superveniente, culposa, da prestação

1. *Culpa e obrigação preexistente.* As violações culposas das obrigações, pretensões, ações e exceções, nas relações jurídicas de sujeitos passivos individuados (= não totais) são de três classes e exaurem os atos ilícitos relativos: *a)* a impossibilidade superveniente da prestação, com culpa do devedor (art. 865, alínea 2ª:

"Se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais as perdas e danos"; art. 866:

"Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido ao seu preço o valor que perdeu", "sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou outro caso, indenização das perdas e danos"; art. 879: "Se a prestação do fato se impossibilitar.., por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos"; arg. ao art. 882); *b)* o inadimplemento, com a figura da *mora; c)* a violação positiva da pretensão. As duas primeiras classes absorveram, por bem dizer, a atenção dos juristas de dois milênios.

Desde que se falta ao cumprimento do que promete, ou se tem, *ex lege,* de cumprir, há inadimplemento, porém o inadimplemento pode ser pela recusa a cumprir o prometido, ou por impossibilidade superveniente da prestação, causada pela culpa do que há de cumprir, ou sem sua culpa. Nos dois primeiros casos, há o ato, a contrariedade a direito, a culpa; portanto, o ato ilícito, aí, relativo, por se não tratar de relação jurídica absoluta ou a sujeitos passivos totais. A impossibilidade não imputável ao devedor aqui não nos interessa: no seu suporte tático não há o ato e a culpa, ou, pelo menos, não há a culpa do devedor; e a obrigação extinguese. Se a impossibilidade compõe, com a culpa, o ato ilícito relativo, tem o devedor de prestar perdas e danos.

Se a coisa foi roubada, a culpa não foi do devedor, e a obrigação extingue-se. Mas, se o devedor foi culpado, por sua negligência, tornando possível, ou fácil, o roubo, a obrigação não se extingue pela resolução *ipso iure* (art. 865), e ele responde por perdas e danos. A culpa pode consistir em que o devedor não evite *causa jurídica* de impossibilidade *(e.g.,* arresto, sequestro, penhora; falta de cuidado em obter a licença de importação, ou de exportação, se está em andamento lei que a proibe). O ato do terceiro pode impossibilitar a prestação, sem culpa do devedor; mas há ato ilícito relativo, se o devedor mesmo sugeriu ao terceiro comprar para o credor a coisa que o devedor prometera. Também é impossível a prestação, se o devedor teria de expor sua vida para a salvar, ou se o sacrifício para a salvar seria economicamente desproporcionado ou se havia, com ela, de salvar a vida de outrem, ou altos interesses do homem, do Estado ou dos habitantes do pais *(e.g.,* se o devedor, inundando o vale, onde estão as terras que prometera, evitou o rompimento do açude). Mas, se houve ato anterior e a culpa foi do devedor, não se exime ele à responsabilidade.

2. *Impossibilidade parcial.* Se a prestação se torna *parcialmente* impossível, a obrigação, quanto ao resto, subsiste. Se culpado é o devedor, tem de satisfazer quanto à prestação primária restante e de indenizar quanto ao que foi atingido por sua culpa, e não quanto ao que foi sem sua culpa *(e.g.,* durante tempestade, que destruiu duas casas da fazenda, houve incêndio da terceira, porque o devedor não se lembrou de desligar a chave da força elétrica).

3. *Concorrência de efeitos jurídicos e impossibilidade.* A impossibilidade

pode resultar de *concorrência de deveres,* ou de *obrigações,* ou de *concorrência passiva de direitos, pretensões, ações* ou *exceções,* como se o devedor deve salvar no incêndio, todas as coisas em depósito, ou se há de registrar todos os títulos no mesmo dia, ou nomear bens às penhoras simultâneas, mas as circunstâncias impedem-lhe proceder com igual cuidado, ou em relação a todos os credores. Então, há culpa do devedor, se, no tocante ao incêndio, não podendo salvar a todas, mas só algumas, não procede com bom senso, salvando as mais valiosas, ou as de mais fácil salvamento, ou as que menos perigo lhe ofereciam, ou que maior perigo causariam ficando.

4. Estado de necessidade. O estado de necessidade pode permitir atos que atinjam direitos reais, posse, ou direitos, pretensões ou ações de direito das obrigações (A. von Tuhr, *Der Notstand im Civilrecht,* 15 **5.;** Paul Krúckmann, Unmóglichkeit und Unmõglichkeitsprozess, *Archiu for die civilistische Praxis,* 101, 4). A questão, respeito aos direitos pessoais, é de grande importância quanto à diferença entre impossibilidade superveniente da prestação e pré-exclusão da contrariedade a direito, se o devedor está em estado de necessidade. O assunto desloca a responsabilidade pelo ilícito relativo para o terreno do ato-fato jurídico (arts. 1.519 e 1.520). Contra tal deslocamento, pronunciou-se H. Titze *(Die Unmõglichkeit der Leistung,* 6

s.). Devemos precisar bem o que se discute: ou *(a)* o estado de necessidade (não se confunda com a força maior e o caso fortuito) não importa à relação jurídica entre credor e devedor, e o não-adimplemento da prestação produz todas as suas Conseqüências ordinárias, segundo as *regras jurídicas sobre inexecução das obrigações* (arts. 1.056-1.058); ou *b),* por analogia, há-se de tratar o estado de necessidade como o de perigo comum à coisa do credor e à do devedor, ou às coisas de diferentes credores, de modo que só em casos impossabilidade somente por culpa lata seria possível preferir a sua à alheia; ou *c)* o ato em estado de necessidade pode ir contra coisa ou direito, pretensão, ação ou execução *(* coisa , no art. 160, II, é"bem"), e então o dever de reparar *ex contractu,* ou por negócio jurídico unilateral, se extingue, e nasce o dever de reparação pelo ato-fato.

Desde logo observemos que o art. 160, II, está na Parte Geral e os ads. 1.519 e 1.520 no Direito das Obrigações, e não no Direito das Coisas, como o *§* 904 do Código Civil alemão; de modo que, no caso da opinião *c),* não se precisada, em direito brasileiro, falar de analogia. Já isso implica a argumentação, sem que sejam diferentes os problemas e as soluções nos dois sistemas jurídicos.

Se o agente em estado de necessidade poderia lesar a coisa de outrem, inclusive, está claro, a coisa objeto da prestação já recebida pelo credor, ou já remetida, *a fortiori* não é contrário a direito o sacrifício dessa coisa ainda não prestada. Alega e prova o estado de necessidade para mostrar que o seu ato não foi contrário a direito e, pois, não constituiu ilícito relativo; porque não foi contrário a direito, a sua responsabilidade é segundo os arts. 1.519 e 1.520, e não segundo os ads. 1.056-1.058. E o caso do que vendeu penicilina a ser entregue e, tendo havido grande desastre, a empregou nos feridos, não podendo adimplir, no dia, o contrato.

Não houve impossibilidade sem culpa, nem com culpa; houve ato em estado de necessidade: ato não-contrá-

rio a direito; portanto ato inadequado a figurar como elemento de suporte fático de ilícito relativo (infração contratual). Responsabilidade tem o devedor, não mais como devedor, e sim pelo ato-fato jurídico (ato em estado de necessidade). Contra tal ato, não poderia o credor vir com a legítima defesa, nem com a justiça de mão própria; nem o devedor incorre em pena contratual (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Te,* III, 607). Não seria, porém, de acordo com os princípios que não respondesse pelo ato-fato jurídico, que do ato em estado de necessidade resultou (sem razão, W. Kisch, *Die Wirkung der nachträglich Eintretenden Unmõglichkeit der Erfúllung,* 101): os ads. 1.519 e 1.520 incidem. Assim, se, apos o prazo da locação, o locatário permanece na casa, por motivo de doença, ou outro motivo, que perfaça estado de necessidade, a indenização não é pelo adimplemento dos aluguéis; é a indenização segundo os arts. 1.519 e 1.520, uma vez que não houve prorrogação. Os aluguéis são elementos da indenização, mas pode haver outros elementos.

5. *Concorrência polarizada de interesses.* A impossibilidade pode resultar de *concorrência polarizada de interesses,* como se perigam interesse do devedor e interesse do credor, não podendo o devedor atender aos dois. Então, ou procede ele como o permite argumento ao art. 160, 1 e II, ou não cabe a invocação analógica do art. 160, 1 e 11 (que excluiria a *contrariedade a direito),* e comete o devedor ato ilícito relativo, devendo responder pelas perdas e danos. Se alguém sacrifica, para salvar coisa sua, o que pertence a outrem, que não é seu credor de tal coisa, a responsabilidade é pelo ato ilícito absoluto, ou incide o art. 160, II. Se sacrifica, para salvar coisa sua, o que é do credor, ou haveria de ser-lhe prestado, então: ou a sua coisa é mais preciosa, ou

de mais fácil salvamento, ou agravadora de perigo, se não fosse salva; ou comete o devedor ato ilícito relativo. Se salva o que é seu e deixa sacrificar-se o que não estava em perigo e devia ao credor, não se pode pensar em concorrência passiva de direitos, obrigações, ações, ou exceções, porque falta a comunidade de perigo que faça a concorrência de interesses. A reparação é pelo ato ilícito relativo, ou, se a coisa já pertencia ao credor, havendo culpa, pelo ato ilícito absoluto.

6. *Dificuldade extraordinária.* A dificuldade extraordinária, ou desproporcional, considera-se impossibilidade; tem-se por impossível a prestação que seria *exorbitante,* se o devedor mesmo o não assumiu. Assim, se A vendeu trinta automóveis, da marca ano tal, a B, para os entregar até abril e, no intervalo, se veda a importação de automóveis, sem que A e B o houvessem previsto, e a aquisição dos trinta automóveis, que A não tinha, custaria além do dobro (por exemplo), tem A por si o *princípio da equivalência do exorbitante e da força maior.* **É** a eficácia da impossibilidade objetiva por desproporcionalidade. No impossível, por perecimento do objeto, há impossível *absoluto;* mas há impossível *relativo* se as circunstâncias fazem tais as desproporções entre o objeto antes e ao tempo da prestação, que toda exigibilidade seria contra a política jurídica adotada: ali, o impossível é *lógico;* aqui, *jurídico.* Os devedores somente são obrigados a prestar o que *in concreto* seria de acordo com as regras da boa-fé e da proibição do jogo (P. Oertmann, *Recht der Schuldverhàltnisse,* 3ª-4ª cd., 98; H. Dernburg, II, 1, 151, nota 2; B. Matthiass, *Lehrbuch,* 6ª-7ª ed., 210; H. Titze, *Die Unmóglichkeit der Leistung,* 9).

Não basta que se tenha tornado caro, ou mais caro o objeto, ou de mais difícil obtenção; é preciso que a exorbitância seja tal, ou tal a dificuldade, que — no trato ordinário da vida — se possa equiparar ao impossível. Assim, não basta a guerra, ou a revolução, ou o terremoto, se não determinou, ou ainda não determinou a exorbitância impossibilitante: enquanto há no mercado, comprável por todos, ou por aquele que satisfaça cedas exigências, o objeto, não há a impossibilidade.

A simples *dificultas praestandi* é inconfundível com a impossibilidade. O que equivale a essa é a exorbitância, a *Unerschwinglichkeit,* que transplanta o problema para o terreno da realidade da vida, onde o desproporcional ofenderia a todo propósito de organização *acertada,*

humana, da sociedade. Não se pode pensar em equiparação do extremamente difícil ao impossível, se passageira a dificuldade: dar-se-á retardamento, e não impossibilidade; aguarda-se a cessação, salvo se fixa, absolutamente, a data. Tem-se, porém, por impossível o extremamente difícil temporário, se não se pode prever quando cesse. Ainda que inesperadamente cesse, não revive a pretensão primária extinta, ou que os contraentes acordaram considerar extinta. Não assim, se apenas se tornara parcialmente ineficaz a pretensão *(e.g.,* o devedor alienara, ou gravara a coisa); readquirindo-a, ou liberando-a, a eficácia integra-se. Não houve extinção.

A impossibilidade físico-química do adimplemento concerne ao objeto. A sua consequência para a extinção da obrigação, se sem culpa, é *ipso iure;* há um não-poder-prestar, objetivo, que se *refere* ao objeto, e não às circunstâncias. Discute-se, tratando-se de impossibilidade devido às circunstâncias, inclusive quanto àexorbitância da prestação, há eficácia *ipso iure,* ou simples exceção. Em geral, pela execução, Paul Krtlckmann (Unmôglichkeit der Leistung infolge des Krieges, *Leipziger Zeitschrift,* 12, 961-973); em se tratando de prestação exorbitante, pela eleição do devedor entre cumprir e exigir a prestação, *ou* invocar a excessividade, recusando-se a prestar e pedindo a resolução, L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 11, 31ª-35~ cd., 160).

Ora, a exorbitância da prestação ou equivale, *in concreto,* à impossibilidade, ou não equivale: se equivale e foi sem culpa, a obrigação extingue-se *ipso iure,* pela resolução; se culposa, cabe indenização; se não equivale, o nãoadimplemento importa em mora (violação negativa da obrigação).

Nos negócios juridicos em que a obrigação é duradoura, como se passa com os aluguéis de casa, também pode ocorrer a exorbitância a partir de certo momento, ou de certo período.

7. Indenização; pretensão primária e pretensão secundária. Se a prestação se torna impossível por culpa do devedor, repara esse os danos que disso resultem. O prejuízo que então se indeniza éo *dano positivo,* que corresponde ao interesse do credor no adimplemento (Erfúllungsinteresse). Tal prejuízo é objetivo, independe do que o credor esperava do seu crédito e do que os figurantes haviam pensado dele, ou da sua eventualidade; compreende o *daninum emergens,* que consiste em diminuição ou depreciação do ativo, em aumento do

passivo e em perda do lucro. Discute-se se, ocorrendo impossibilitação com culpa do devedor (ato ilícito relativo, à semelhança do inadimplemento), A) *a pretensão primária* (pretensão à prestação impossibilitada) se extingue e *a)* surge a pretensão *secundária* pelo inadimplemento, como substituta (L.

Enneccerus, Rechtsgeschâfte, 593, e *Lebrbuch,* 1, ***§*** 271, nota 1, nas edições anteriores à de H. Lehmann), ou *b)* a pretensão é a mesma e tem o devedor de prestar o equivalente, porque não prestou o que promeTe (F.

Kleineidam, *Unmãglichkeit und Unvermõgen,* 110, 126; Einige Streitfragen, *Jherings Jahrbticher,* 43, 128), ou E) a pretensão é a mesma e o credor fica *como* se estivesse em frente ao que não quer prestar, com todas as Conseqüências dessa construção (O. Fischer, *Unrnãgiicbkeit ais Nichtigkeitsgrund,* 22 **S.;** *Zweiter Beitrag,* 12 si: está-se, apenas, na estrada da execução.

Se a obrigação sofre a impossibilidade da prestação, não é possível pensar-se em ter o mesmo objeto a pretensão. Não se pode, logicamente, admitir que a sentença condene o réu a prestar o que já era impossível prestar-se ao ser proferida a sentença, nem o credor, conhecendo a impossibilidade, pode exigir ao devedor que preste o impossível. Diz-se, a favor da tese contrária (e ilógica), que o credor que demanda a indenização não tem de provar a culpa do devedor; mas o que se dá é exatamente o ônus ao devedor, pois é a ele que interessa provar a inimputabilidade. Só há dois casos, referidos por G. Planck *(Kommentar,* II, Q ed., 240), em que a prestação primária e a indenização, se aquela não puder ser feita, podem ser pedidas, aliás alternativamente: são o do devedor que alienou a coisa devida e o do devedor que gravou a favor de terceiro a coisa devida: ou ele readquire, ou libera a coisa, prestando-a, ou presta a indenização.

A opinião, segundo a qual a pretensão primária, com a impossibilidade objetiva, continua, alega que o devedor demandado pela prestação primária, não tem de provar a impossibilitação culposa, e tudo se passa como se estivesse em causa simples recusa de prestar. Não procede o argumento, porque apenas ocorre, ai, a igualdade de tratamento para a violação negativa culposa e a violação pela impossibilitação. Condenado à prestação primária, sem se ter provado a impossibilitação culposa, o credor tem de ir com a ação de execução de sentença dos arts. 621-628, e não com a ação dos arts. 603-611 (lei processual). Naturalmente, se o credor não acreditava na

impossibilidade, nem podia prová-la, outro caminho não tem que o de pedir a prestação primária; se pode prová-la, melhor é que o faça (O. Fischer, *Unmãglichkeit aIs Nichtigkeitsgrund,* 72; *Zweiter Beitrag,* 72). O princípio é o da inexigibilidade do impossível, que o direito romano acolhia (a *intentio,* para a prestação impossível, não gerava *perpetua tio obligationis)*. O credor, que conhece a impossibilidade culposa, deve pedir a indenização (E. Rabel, *Mélanqes* Gérardin, 506; H. Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung, *Jherings JahrbOcher,* 50, 224). Qualquer propositura da ação para haver a prestação primária é eficaz, porque no plano do direito processual tem de caber a situação do credor que não conhece a impossibilitação, ou que não na pode provar. No plano do direito material, o devedor culpado da impossibilitação somente está obrigado a indenizar. Porém daí não se tire que seja nula a sentença que condene a satisfazer prestação impossível se a impossibilidade não foi alegada e provada (sobre a questão, A.

Wach, Urtesnichtigkeit, *Rheinische ZeitschriJt fúr Zivil-und Prozessrecbt,* III, 373 **5.;** contra, pondo-se no plano do direito material, O. Fischer, *Unmãglichkeit ais Nichtigkeitsgrund,* 67 s.).

Com a impossibilitação, o crédito e a pretensão são os mesmos; a ação é que é outra, pela mudança da *res* deduzivel. A prestação é que muda, considerando-se em caminho de satisfação o crédito e a pretensão. As garantias e penhoras, ou outras constrições, que apanhavam a prestação primária, apanham as perdas e danos.

Se, no momento de ter conhecimento da cessão, o devedor possui crédito contra o cedente e a indenização é compensável, pode opor ao cessionário a compensação (arts. 1.072, 1.009-1.024). Se o credor cedeu o crédito e a prestação já se impossibilitara, a cessão concerne ao crédito de prestação a perdas e danos, ainda se o cessionário, ou os dois figurantes ignoravam a impossibilitação. O prazo de prescrição é o mesmo. E as mesmas as exceções a que estão sujeitos direito, pretensão e ação do credor. Se é nulo o negócio jurídico, não importa à sorte dele a impossibilidade superveniente. Se o outro figurante não adimple como devera, cabe ao devedor, ainda que se tenha dado por culpa dele a impossibilitação, a exceção *non adimpleti contractus* (art. 1.092, alínea 1ª. Bem assim, a pedir a caução do art. 1.092, alínea 2a, e a resolução do art.

1.092, parágrafo único. A resolução *ipso iure* é somente em caso de não haver impossibilitação sem culpa do devedor (art. 865, alínea 1ª).

O art. 1.092, parágrafo único, apenas confere direito formativo extintivo, que é o de resolução.

Diz o art. 1.092, parágrafo único: "A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão" — aliás *resolução* — "do contrato com perdas e danos". O Código Civil alemão, *§* 325, é explícito quanto à resolução em caso de impossibilidade superveniente, por culpa do devedor. O Código suíço das Obrigações, art. 107, somente cogitou da resolução por mora (excluida a interpretação analógica). No art. 865, alínea lt o Código Civil brasileiro tratou da impossibilidade superveniente sem culpa do devedor, dizendo que fica

"resolvida a obrigação para ambas as partes"; na alínea 2e, acrescenta-se que, "se a perda resultar de culpa do devedor, responde este pelo equivalente, mais as perdas e danos". Pergunta-se: há a alternativa a favor do credor, — *ou* o art. 865, alínea 2ª (pedir a execução do contrato), *ou* o art. 1.092, parágrafo único (pedir a resolução do contrato)? O mesmo raciocínio há de ser feito quanto aos arts. 879, 882, 886 e 887. O

"inadimplemento", de que fala o art. 1.092, parágrafo único, ou somente compreende a violação negativa da obrigação, ou a violação negativa e a positiva, ou a violação negativa e a positiva e a impossibilitação culposa. Não há razão para se tratarem diferentemente as três classes de atos ilícitos relativos. Também não adimple o que impossibilita o adimplemento.

8. *Obrigações genéricas.* Quanto às *obrigações genéricas,* para que não houvesse possibilidade de adimpli-las seria preciso que todas as coisas compreendidas no *genus* houvessem desaparecido. Por exemplo: em caso de venda de futuras apólices da dívida pública do Estado X, se, com a guerra, o Estado X desapareceu.

A extinção seria no terreno do conceito mesmo da coisa. Fora desses casos extremos, em que é absoluta a exaustão do *gentis,* o bem genericamente prometido não perece, porque, se um dos bens compreendidos pelo *gentis* perece, outro, em lugar dele, se insere.

O conceito de gênero é relativo; os sinais, pelos quais se aponta o gênero, podem referir-se a mais ou a menos. Daí a importância da distinção entre impossibilidade objetiva interna (= da coisa) e

impossibilidade objetiva externa (= das circunstâncias). O art. 877 só se refere àquela.

Enquanto o *genus* não se exaure, pode o devedor prestar; não cabe pensar-se em impossibilidade, nem em responsabilidade pelo dano, a que leva, a respeito das obrigações, a pretensão secundária à indenização. O

devedor de obrigação genérica, se algo perecer ou n-1 bens pereceram e resta 1 no *gentis,* presta primariamente, e não em substituição do inadimplemento por impossibilitação ou mora.

É o *gentis* que não se tem por perecível: *Genus perire non censetur;* em vez de se tratar de regra jurídica concernente à impossibilidade. Não se há de entender que pereceu, ou se deteriorou o gênero; há-se de entender que a chamada impossibilidade não é impossibilidade. A rigor, não há, na teoria da impossibilidade superveniente, lugar para se tratar da perda ou deterioração do genérico. Quando o art. 877 exclui a alegabilidade da perda ou deterioração, ainda por força maior, ou caso fortuito, estatui *no plano do conceito,* que é o de obrigação genérica, e não no de impossibilidade. Impossibilidade do objeto genérico, se o *genus* existe, seria *contradictio in terminis.* Nas obrigações genéricas, o risco da perda ou do perecimento está com o devedor; donde dizer-se *Genus perit ei cui debetur = Gentis perire non consetur,* porque são proposições que apenas exploram o conteúdo do conceito de "gênero" (nossos *Comentários ao Código de Processo Civil, de 1939,* VI, 351: "A respeito das proposições, de que falamos, concernentes aos riscos, é preciso sempre as ter como exploração da definição de gênero, porque, fora daí, podem ter sentido duplo"; excelente, o Código Civil, art. 877).

Assim, quanto a *obrigações genéricas,* não há violação inimputável da pretensão, em caso de perda ou destruição da coisa. A regra, segundo a qual a impossibilidade definitiva, que sobrevém e não é imputável ao devedor, extingue a divida e, pois, libera o devedor, as leis teriam de abrir exceção para as obrigações genéricas, se preciso fosse: ainda se não há culpa, o devedor responde pela prestação, porquanto, antes da escolha, ou concreção (= transformação da obrigação genérica em obrigação certa), o devedor não pode alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito (art. 877).

a) Aqui, surge o problema do tonel de vinho, do qual se devem dez

garrafas. Se foi roubado o tonel, há impossibilidade não-culposa de se prestarem as dez garrafas, porque, se fosse devido todo o tonel, culpa não haveria e, pois, liberado estaria o devedor, pela extinção da obrigação; pela mesma razão, se só deve dez garrafas (W. Kisch, *Gattungschuld und Wablschuld,* 887). (Fratar-se-á de exceção ao princípio da responsabilidade pela prestação genérica? Não; é obrigação de parte indivisa, mas a separar-se de coisa certa,

— não obrigação genérica (sem razão, L. Enneccerus e H. Lehmann, *Lehrbuch;* II, 31ª-35ª ed., 160). Note-se que se alude menos ao gênero que à coisa certa, donde a impropriedade do nome obrigação genérica limitada *(beschrãankte Gattungsschuld).* A rigor, não se alude, sequer, a gênero; razão por que a perda ou destruição da coisa certa é que exclui a obrigação. Não se há de ver gênero onde não há (sem razão, C. Crome, *System,* II, 91, nota 11; H. Dernburg, *Das Btirgerliche Recht,* II, 1, 3ª-4ª ed., 120, nota 5). As obrigações de parte indivisa do cedo parecem-se, porém não se confundem com as obrigações específicas, em que se é obrigado a prestar o que se determina pelo gênero *mais* alguma ou algumas qualidades, que estabelecem subclasse: nessas, entre o que há de prestar e o gênero está a espécie; naquelas, acima delas está a coisa certa.

b) Outras exceções que se têm apontado são a da restrição à liberdade do devedor, sem sua culpa, e a da impossibilidade de prestar por falta de meios de transporte (L. Enneccerus e H. Lehmann, *Lehrbuch,* II, 31ª-

35~ ed., 160). Em verdade, em caso de impossibilidade objetiva não se sairia dos princípios para se tratar a obrigação genérica (A. Ubbelohde, Die Befreiung des Schuldners, *Archiu fiUr die civilistische Praxis, 85,* 121 s.) e aí está a solução para a questão da irresponsabilidade pela prestação se o transporte é impossível (G.

Planck, *Kommentar,* li, 1ª ed., 235). Tem sido fácil dito dos juristas aventurar que, ai, há impossibilidade *da prestação,* quando se trata de impossibilidade objetiva *do adimplemento dó prestação.* O art. 877 nada tem com isso. Trata-se de impossibilidade objetiva externa, e não interna (= da coisa). **É** o que acontece com as guerras, as revoluções, as proibições de exportação e importação, as vedações de saida de divisas etc.

9. *Obrigações específicas.* Chamam-se *obrigações específicas* (Speziesschulden), ou *obrigações de encontrar,* aquelas que consistem em ter o devedor de entregar ou procurar e adquirir (não procurar e

mostrar) para o credor a coisa prometida, de gênero e espécie determinados. Tais obrigações não são só do gênero, nem são de coisa certa; ficam entre elas, participando, porém, da sorte das obrigações genéricas: as coisas foram indicadas por menos do que o gênero e a quantidade, posto que se não tenham tornado "certas" (art. 874: "A coisa inceda será indicada, *ao menos,* pelo gênero e qualidade.") Não há pensar-se em violação sem culpa senão nos casos em que se poderia negar a existência presente do gênero, ou da espécie. As obrigações de prestar parte indivisa ou a separar-se de alguma coisa certa não são obrigações genéricas, nem especificas.

A determinação da especificidade pode resultar das circunstâncias, como se A compra *x* fardos de pano à Fábrica E, pois que se há de entender ter comprado pano fabricado por E. A obrigação de meios para aquisição *(Anschaffungsschuld)* não se confunde com as obrigações de adquirir certa coisa para o credor *(Beschaffungsschulden):* é obrigação genérica, e não específica. Se a mercadoria, que havia de ser comprada com os meios, não existe, ou não pode ser adquirida com eles, a responsabilidade, na falta de outra interpretação do negócio jurídico, é do devedor do meio para determinado fim (O. Werneyer, *Kommentar,* 1, 493); por isso mesmo que o objeto-fim é genérico (cf. E Oertmann, *Recht der Schuldverhàltnisse,* 3ª-4ª ed., 123; K. Cosack, *Lehrbuch,* II, 6ª ed., 422; G. Planck, *Kommentar,* II, 4ª ed., 235; 1-1. Titze, *Die Unmóglichkeit der Leistung,* 93; sem razão, E.

Heymann, *Das Verschulden bem Erfúllungsverzuq,*

160).

10. *Impossibilidades objetivas externas.* No tocante às impossibilidades objetivas exteriores, já vimos que o art. 877 não as apanha. No *plano do conceito,* a prestação do genérico não pode ser impossível, se o próprio *gentis* não desaparece; no *plano do adirnplemento,* que sofre a atuação das determinações exteriores, não há incompatibilidade entre a prestação do genérico e a impossibilitação objetiva externa. E.g., impossibilidade de transporte, revolução, guerra, dificuldade desproporcional.

§ 173. Inadimplemento simples ou violação negativa da pretensão

1. *Conceito de inadimplemento.* O inadimplemento consiste, de ordinário, em tornar o devedor impossivel a prestação, ou em deixar, simplesmente, de prestar Não se exaure, com, isso, o conceito de ilícito relativo; porque o devedor pode violar o negócio jurídico sem tornar impossível a prestação, ou sem deixar de prestar, sendo possível *(eg.:* o devedor remete a coisa defeituosa, ou animal doente, cuja doença se contagia ao rebanho; o mandatário afasta-se das instruções recebidas). Foram essas espécies que serviram à descoberta de H. Staub: a da violação *positiva* do contrato, conceito a que temos de dar a extensão devida (violação positiva por ato ilícito negativo, violação positiva da relação jurídica).

Assim, a doutrina e, mais do que a doutrina, as legislações não percebiam que a impossibilidade subsequente da prestação e a mora não exauriam as violações *culposas* dos direitos de crédito; ao lado daquelas duas classes de violações culposas, achava-se e acha-se outra, a que só neste século se deu atenção devida, isto é, em 1902, no célebre estudo de H. Staub (Die positiven Vertragsverletzungen, *Festschrift for d.* XXVI *Deutschen Juristentag,* 29 sã. Delas temos de abstrair, ad tratarmos da violação negativa da relação jurídica pelo inadimplemento simples, após havermos tratado do inadimplemento qualificado ou inadimplemento pela impossibilidade culposa.

2. *Violação negativa.* Se o devedor não satisfaz a sua obrigação, a tempo, viola, por negação de prestar, a relação jurídica entre ele e o credor. Violaria também, negativamente, a relação jurídica, se deixasse de prestar por impossibilidade culposa, porém a alegação da impossibilitação já abre discussão sobre a culpa, que o simples inadimplemento não comporta.

3. *Precisão de conceitos: violação negativa de obrigação negativa e de obrigação positiva. (a)* O ato contrário a direito pode dar causa a nascimento de pretensão, ou de ação; e não só à indenização (pretensão e ação). Por exemplo: a ação para abstenção *(Un terlassungsklage),* pretensões e ações constitutivas extintivas (resolução, art. 1.092, parágrafo único; separação judicial). Não há, portanto, somente a violação negativa pelo inadimplemento, geradora do dever

de reparar; há a violação pelo inadimplemento da prestação negativa. Não se confunde com a violação positiva, nem com o inadimplemento da prestação positiva. Fazer o que não se devia fazer não é prestar, é negar-se a prestar. Também não se devem confundir a ação, oriunda da violação da relação jurídica, e a pretensão à tutela jurídica, estatal ou de mão própria, que pertence a plano *acima* do direito que regra a *res deducta.* (Confunde-as, A. von Tuhr, *Der Alígemeine Te,* II, 121).

(b) As violações negativas podem ser de obrigações contratuais, e é o que mais acontece; há, contudo, violações de outras relações jurídicas, como a de gestão de negócios (ato jurídico *stricto sens* **ti),** da posse da coisa alheia emprestada, e muitas outras. Podem ser por omissões, ou por atos, conforme a prestação é positiva *(e.g.,* entregar coisa, fazer), ou negativa *(e. g.,* não fazer). Ao abster-se, quando é conteúdo da promessa, corresponde a violação, negativa, do ato positivo; ao ato positivo, quando é conteúdo da promessa, a violação, negativa, da abstenção. Se se promeTe a abstenção, a prática do ato é ilícito relativo; se se promeTe o ato, é ilícito relativo a abstenção.

(c) No caso da violação negativa da obrigação, haja, ou não, insolvência, a obrigação não muda de conteúdo prestacional: a prestação primária continua, e o que se passa é que se marcha para a satisfação por outros meios; o devedor em mora pode purgar a mora, oferecendo prestação primária *mais* a importância dos prejuízos decorrentes desde o dia da oferta (art. 959, 1).

4. Violação negativa do dever de omissão. Se a obrigação é negativa, o devedor tem de não fazer, de abster-se, de não praticar o ato, porque é a omissão o que se deve ao credor. Se ocorre a prática do ato, infringe-se a relação jurídica. Queria H. Staub incluir tal violação na classe das violações positivas do crédito, mas confundiria, assim, violação positiva do crédito e violação negativa por ato positivo. Discutiu-se como se haveria de resolver a situação, se pela invocação dos princípios concernentes à impossibilidade da prestação (raciocinava-se como se, praticando o ato cuja omissão se devia, o devedor impossibilita a prestação, portanto incidindo o art. 866, alínea 2ª, ou o art. 867, ou o art. 879, 2ª parte, ou o art. 883, ou o art. 886, ou o art. 887, cf. H. Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen, *Archiv for die civilistische Praxis,* 96, 73 s, e A. Rogowski, .*Schadensersatz Anspruch,* 104, 303 s.), ou pelos princípios da violação positiva do crédito (H.

Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, 2ª ed., 6 s.).

5. O *art. 961 do Código Civil.* O ari. 961 considera em mora o devedor que pratica o ato de que se devera abster. O art. 883 dá ao credor a pretensão ao desfazimento do ato (se é desfazível) ou à indenização se o desfaz por si, em execução da cominação. Se o ato não é desfazivel, o art. 883 não incide. Pergunta-se: se o devedor da omissão pratica o ato, acabe a ação de resolução do contrato bilateral com perdas e danos? A resposta é afirmativa. O art. 1.092, parágrafo único, dá em todas as espécies de inadimplemento o direito da resolução. O credor pode, em qualquer crédito de omissão, pedir a indenização pela violação negativa por ato positivo, ou se é bilateral o contrato, a resolução, ou apenas negar-se a contraprestar, pois que pode opor que o outro constituinte já violou o dever. Se o adimplemento somente foi violado em parte, tudo depende de se ter, ou não, de tratar a violação parcial (em tempo, ou em quantidade, ou qualidade) como total. O interesse do credor é que serve de dado totalizante. Se a violação parcial implica violação total, surge a alternativa entre pedir a indenização por inadimplemento total ou a resolução, com perdas e danos. No caso de ser desfazível o ato, incide o art. 883, sem que se exclua a alternativa de que falamos. O credor pode, então, exigir o desfazimento com a cominação do art. 883, *ou* a indenização por inadimplemento total, *ou* a resolução.

§ 174. Violação positiva por ato ilícito relativo (adímplemento ruim e quebra da promessa)

1. *As duas espécies de violação.* A violação da relação jurídica por ato ilícito relativo não provém somente do não-adimplemento. Não cumprindo a obrigação "pelo modo" devido (art. 1.056), responde o devedor por perdas e danos. Há a violação negativa e a violação positiva: paga, porém mal, causando dano à pessoa, ou ao seu patrimônio, como se tem de pagar a quem vai viajar, ao cais, alta quantia, e o fazem em notas de um ou dois cruzeiros, ou se paga à porta do banco A, como se estipulara, mas no momento exatamente em que se fechava a porta, ou se, tendo de pagar um milhão de cruzeiros, pretende que se recebam dólares, ainda que, facilmente, dêem aquele preço, ou mais. Aqui, nem está em exame a impossibilidade superveniente da prestação, nem o atraso em ser feita: o adimplemento foi defeituoso, ou, melhor, ruim, inclusive se, em se

tratando de prestações sucessivas, quando o credor delas precisava, pelo negócio jurídico, ou pelo ato jurídico *stricto sensu,* "em globo", posto que "sucessivamente" (os aluguéis para pagar juros de hipoteca do prédio), o devedor deixa de entregar uma delas; o devedor falha à permanência na cooperação e assim exclui a confiança, ou quebra a continuidade mesma do interesse (H. Staub, *fie positiven Vertrngsverletzungen,* 2ª

ed., 50 s.) Pretendeu H. Staub criar outra classe de violação, que seria aquela da comunicação do devedor, prévia, de que se recusa ao adimplemento **(** = comunicação de que não adimplira; portanto, comunicação de ato futuro). Contra isso argúiu-se: se o devedor, de antemão, manifesta a vontade (irrelevante!) de não adimplir, ou se exterioriza, ainda que comunique, o conhecimento do fato próprio negativo futuro (não adimplirá), apenas põe em perigo, ou mostra ter posto em perigo a execução do que lhe incumbe; ainda não violou a relação jurídica, **—** ameaçou-a apenas. E verdade que o art. 1.092, alínea 2ª, somente cogita da caução se há diminuição do patrimônio do devedor; mas a prévia recusa é causa suficiente de resolução, fundando-se em argumento ao art. 1.092, parágrafo único, ou da caução, fundando-se em argumento ao art.

1.092, 2ª alínea. Bastaria, aliás, à ação cominatória (Código de Processo Civil, de 1939, art. 302, XII; de 1973, arts. 287 e 461).

Deve-se a E. Zitelmann (Nichterfflllung und Schlechtererfflllung, *Festgabe for* P. Krúger, 265 s.) a expressão "adimplemento ruim que é melhor do que adimplemento defeituoso, porém menos abrangente do que "violação positiva do contrato" - Por outro lado, H. Staub *(fie positiven Vertragsverletzungen,* em 1902

29-56, e em 1904, 1 s.) falava de "violação positiva do contrato", mas há outros créditos e obrigações que podem ser violados positivamente, sem pertencerem ao direito das obrigações, ou, *a fortiori,* à classe das obrigações oriundas de contrato.

2. *Quando a violação é positiva.* A violação positiva ocorre quando o adimplemento é defeituoso; é preciso, portanto, que haja, no suporte fático do ato ilícito relativo, o *adimplemento* e o *defeito,* ou a prévia exclusão de adimplemento em consequência da reparação. A execução há de ser *conforme* (art. 1.056: "Não cumprindo a obrigação, *ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos,* responde o devedor por perdas e danos"). Não só da violação negativa como da

impossibilidade culposa se distingue a violação positiva; também se distingue do ato ou omissão que ofende a esfera jurídica do credor, sem ser violação da relação jurídica entre credor e devedor, ainda quando se ache em relação exterior de tempo ou de lugar, ou de lugar e tempo (e.g., o empregado que faz a limpeza do escritório furta a carteira de cédulas ou outro objeto). Aí há ato ilícito absoluto.

3. *Violação positiva e violação negativa de obrigação de não fazer.* A violação da obrigação de não fazer não é violação positiva, se bem que se haja operado por ato positivo. Por exemplo: alguém que se obrigou a não tocar piano, entre meio-dia e dezesseis horas, toca-o (O. Wendt, *Unterlassungen und Versãumnisse* 65); viola negativamente a obrigação; idem, se permite que alguém toque flauta, que antes não se tocava, ou se o obrigado mesmo o faz. Torna-se, assim, sem alcance a discussão sobre se a obrigação era de *qualquer* pessoa não tocar *qualquer* coisa. embora só se falasse do obrigado e de piano; ou se houve, realmente, abstenção, com violação positiva do contrato (contra, O. Wendt, *Unterlassugen und Versãumnisse,* 65; R. Treitel, *fie Unrnãglichkeit der Leistung,* 16; cp. E. Paasche, *Unmôglichkeit der Leistung und Verzug,* 22; *E* Kieineidam, *Unrnãglichkeit und Unvermógen,* 12; l-Ieinrich Anton, *Geben positive Vertragsverletzungen des Gegners em RUcktrittsrecht?,* 5).

4. *Reparação.* No direito comum, R. von Jhering (Culpa in contrahendo, *JahrbOcher for die Dogmatik,* IV, 52) fundava a reparação na culpa; Fr. Mommsen (Die *Unmóglichkeit deiLeistung,* 109), no dolo, tropeçando em casos em que se não exigia esse elemento; H. Dernburg *(Pandekten,* li, 4ª ed., 28), na *culpa levis;* A.

Koeppen (Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, *Jahrbücher,* 11, 283 s.) voltou a pensar em fundamento contratual, de que Mommsen e H. Dernburg se haviam livrado, mas afastava o pressuposto necessário da culpa, devido a tratar-se de segurança do tráfico; O. Ber (Uber lrrungen im Kontrahiren, *JahrbOcher,* Vi, 286 s.) pretendeu resolver o problema com a teoria da declaração; B. Windscheid *(Lehrbuch,* II, 1ª ed., ***§***

307) e F. Regelsberger *(Erãrterungen,* 33) aludiam a contrato tácito de garantia, construção que eles mesmos, depois, repeliram. O problema apresentou-se como tendo de ser resolvido fora da teoria da vontade e fora da exigência da culpa. Finalmente, assentou-se: que não se trata de efeito do negócio jurídico, portanto não há pensar-se em infração *in contrabendo;* que a *culpa* não é requisito necessário; que a culpa do

outro figurante pré-exclui o direito à reparação; que a reparação é só do interesse negativo. São espécies mais freqUentes: a responsabilidade pelo dano causado pelo ato não-sério (oferta ou aceitação pilhérica, promessa pilhérica de recompensa, título cambiário para ensino, R. von Jhering, IV, 74, O. Bâhr, 14, 412), pela nulidade por impossibilidade já existente da prestação, e por erro, inclusive ínexata transmissão da manifestação de vontade (Franz Lilie, *Schadenersatz bei unwirksamen Vertrdgen,* 34 s.).

A opinião que pretendia submeter às regras jurídicas sobre impossibilidade superveniente da prestação a violação positiva do contrato *(e.g., E* Kleineídam, *Unmãglichkett und Unvermãgen,* 85 s. e 155 **5.;** H. Titze, *Unrnãglichkeit der Leistung,* 31, 43 e 255 s.) foi afastada. Bem assim a que baseava a reparação no ato ilícito absoluto. A violação positiva do contrato tanto é violação quanto a negativa; toda violação positiva de obrigação é espécie, como a negativa, do gênero violação de obrigação. As Conseqüências são as mesmas: mora, indenização, resolução, tanto mais quanto, respeito à resolução por inadimplemento, o Código Civil formulou princípios amplos que se afastaram da casuistica da doutrina e de outros sistemas jurídicos. O que se tem de saber é, *in casu,* qual seria a consequência da violação negativa da obrigação (cp. W. Lutz, *Zur Frage der positiven Vertragsverletzungen,* 96 s.).

§ 175. Conceito de culpa

1. *Elemento fático da culpa,* A culpa é inconfundível com a contrariedade a direito. Opera, no suporte fático, como *plus.* Culpa tem quem atua, positivamente, ou negativamente, como causa evitável de algum dano, ou infração. Há, no conceito, implícita, a reprovação, posto que haja culpa de atos não reprováveis e, até, de atos dignos de louvor. O herói é culpado que se há de louvar; o assassino, culpado, a que se hão de lançar todas as reprovações. No direito, porém, o conceito de culpa é limitado à causação, no plano psíquico, de atos, positivos ou negativos, reprováveis. Esse é, aliás, o étimo, em sua alusão a fato e a sofrimento: culpa, *colpa* (latim antigo), *de cudere,* bater, mas, como esse, de causa, *cadere,* cair. Na linguagem jurídica,

diz-se, por vezes, que A teve culpa em perder o direito (A tinha de praticar algum ato para o conservar, ou praticar ato que acarretara a perda). Nem sempre, porém, há ilícito nesse ato, negativo ou positivo, porque nem sempre há o elemento da contrariedade a direito. Sem contrariedade a direito não há ilicitude. Se não exer ço a ação de anulação, ou de rescisão, e o prazo prescricional se escoa, não pratiquei ato contrário a direito: abri mão de ação, nascendo a outrem a exceção de prescrição, ou a alegação de preclusão. O pai, que é suspenso do pátrio poder, esse, por sua culpa e por ter contrariado a direito, sofre a eficácia da sentença do juiz (art. 394).

Não há nenhum inconveniente em se empregar a expressão "culpa" para aquele que sofreu a consecUência do ato, ou omissão: há culpa, e pode haver ou não haver, na espécie, contrariedade a direito. Aí, bem se vê que os elementos culpa e contrariedade a direito, que algumas vezes são necessários, juntamente, nos suportes fáticos (art. 159), nem sempre aparecem juntos. Se certa conduta é necessária à aquisição, à conservação, ou ao exercício de direito, culpa há, se o interessado a omite; porém não há contrariedade a direito. Não é o que acontece ao segurado que não comunica no segurador todo acidente que de qualquer modo possa agravar o risco (art. 1.455), porque aí há ilícito relativo; mas é o que se verifica, se o segurado não comunica, logo que o saiba, ao segurador, o sinistro (art. 1.457). Nenhuma consequência, para o que tem culpa, ou não na tem, mas deixa de comunicar (causa), resulta, quanto a dever de reparar o dano, de tais atos e omissões: apenas, o que deixou de fazer, ou de não fazer, deixa também de adquirir o direito de conserválo, ou de o poder exercer, ou o perde. Ãs vezes, há contrariedade a direito, e então há ilícito, de ordinário ilícito caducificante *(e.g.,* art. 395), e não simples "preceito no próprio interesse" (expressões de G. Planck—H.

Siber, *Kommentar,* II, 4ª ed., 27: "Gebot des eigenen Interesses"). Nesse, não há infração de "dever Algumas Conseqüências se produzem, com o ato ou omissão, tratando-se de regra jurídica do interesse do agente (e não para o cercear, no interesse de outrem), sem que se leve em conta o não ter sido querido, ou, sequer, poder ter sido praticável o que se exigia para que elas não se produzissem. E o que acontece aos prazos de preclusão. Outras vezes, a consequência só se produz se há culpa: a *culpa contra si mesmo,* que é paralela à *culpa contra outrem, —* tão paralela que ocorre, se, tratando-se de interesses alheios, também ocorreria.

Não raro, a lei refere-se ao grau de culpa: o dono do animal ofensor não tem o dever de indenizar se houve

"imprudência" do ofendido (art. 1.527, III); mas, a respeito do proprietário, que perde o direito de trânsito pelo prédio contíguo, só se alude à"culpa" (art. 561). Na Lei nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, art. 2ª, prevê-se a concorrência das culpas em matéria de responsabilidade das estradas de ferro, pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que recebem para transportar.

2. *Causa e culpa.* Na mentalidade primitiva, tudo tem o seu criador, o causador, o que fez cair *(casus,* causa, culpa). Só posteriormente se baixou à psique humana, em seus processos interiores, para se apurar a *culpa* de cada um, a respeito de cada caso. O tratarem-se diferentemente o causador culpado e o causador não culpado já atendeu a sutileza psicológica, a que não chegara o direito primitivo. As sociedades mais desenvolvidas criaram tipos de homens em que a conduta seria padrão; por esse padrão haviam-se de julgar os homens concretos. A negligência éo desvio em relação ao tipo normal, abstrato, que se procurou definir em termos de referência a homens concretos; o dolo, o desvio maior.

3. *Culpa e liberdade.* Quanto ao determinismo, os sistemas jurídicos, por isso que tratam com causas que se inserem na determinação social e se destinam a realizar adaptação, não podem deixar de admitir que cada um, nas circunstâncias ordinárias. seja livre. **É** de liberdade *interior* ao processo de adaptação, social-mente criado, que se trata, e não de liberdade *fora* desse processo (isto é, no plano biológico ou físico). Não se precisa afirmar a liberdade, *fora* (K. Binding, *Die Norrnen und ihre tibertretung,* li, 224 s.; J. Kohler, *Moderne Rechtsprobleme,* para que se parta da liberdade, *dentro do sistema.* Seria absurdo dirigir-se o sistema jurídico a seres pensantes, com regras (jurídicas), sem se admitir que eles possam ou não possam infringi-las e sem se criarem sanções às infrações. A mentalidade humana ascendera à idéia de *causa,* com erros inevitáveis e corrigendas milenares; somente após longa evolução cultural chegou à concepção do determinismo universal e da liberdade, *dentro* dos sistemas sociais, abstraindo-se de todos os antecedentes que não se reputam próprios do indivíduo e negando-se a liberdade onde esses antecedentes estranhos atuam *quase* só por si.

§ 176. Espécies de culpa

1. Dolus *e culpa.* A dicotomia mais importante é entre *dolus* e culpa. No latim e no grego, o étimo de *dolus* refere-se a ardil, astúcia, malícia, engano, tal como é o sentido do direito romano. Talvez alusão a isca, ou engodo para caçar, ou pescar, a pau de ponta. A reprovabilidade moral não era essencial ao conceito; provou-o A. Pernice *(Labeo,* II, 1, 2ª ed., 136), com os cômicos. Persistiu o sentido no direito, o que bem se revela na expressão *dolus malus.* De modo que não era só a maldade que era dolo ("sciens dolo maio", está na fórmula; cf. L. Mitteis, *Rãmisches Privatrecht,* 1, 316 s.)O conceito restringiu-se quando se fez dolo o contrário de boa-fé *(bona lides).* Já não é só a violação das leis, ou dos direitos subjetivos, mas todo procedimento que contrarie o princípio de confiança nos outros. A expressão *dolus generalis* corresponde a esse sentido, que começara a aparecer nos tempos republicanos e se acentuou nos tempos clássicos. Tal evolução se observou, depois, em todo o direito civil.

Culpa, que, na linguagem dos leigos, se empregava no sentido de causação objetiva, fez-se, na linguagem jurídica, o determinar com inserção subjetiva. Nova restrição de sentido. Daí, em sentido mais amplo, também abranger o dolo (cf. Cícero, *De legibus,* 3, 4, 11, e muitos exemplos em A. Pernice, *Labeo,* II, *2,* 2ª

ed., 8, nota 5). Esse foi, por cedo, anterior. Depois de *qui casu,* em *qui casu commiserit* das XII Tábuas, Gaio intercalou *ed est neglegen tia* (L.9, D., *de incendio ruma naufragio rate nave expurgnata,* 47, 9), o que mostra, já então, ser mais estrito o sentido.

2. *Direito privado e direito penal.* A distinção entre dolo e culpa perde muito, em direito privado, da importância que tem em direito penal. O art. 159 faz reparável o dano, qualquer que seja a culpa: "ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência". Em todo o caso, às vezes o direito civil só se refere ao dolo (art. 1.057, alínea 1ª: "Nos contratos unilaterais, responde por simples culpa o contraente, a quem o contrato aproveite, e só por dolo, aquele a quem não favoreça"; cf. arts. 1.060, 1.015, 1).

§ 177. Conceito de dolo

1. *Dolo como elemento fático.* Dolo é a direção da vontade para contrariar a direito. No suporte fático, estão o ato, positivo ou negativo, a contrariedade a direito, e a direção da vontade que liga aquele a essa. Não só o agente atua e contraria a direito: quer que o ato contrarie a direito; ou quer contrariar a direito, e atua para isso. Sabe que o ato (ou omissão) contraria a sua promessa, viola o direito, a pretensão, a ação ou exceção do seu credor, e pratica o para contrariar a direito. A lei veda-lhe algum ato, ou omissão, e quer violá-la, praticando-o, ou omitindo. Não é preciso que o agente queira as Conseqüências do ato, ainda que sejam próprias desse. Nem que as preveja. Basta querer o ato contrário a direito.

Quando se trata de ato imoral, e não de ato contrário a direito, a contrariedade à moral não basta. E esse um ponto em que se há de prestar a máxima atenção. O direito não recebe o ato imoral como ato contrário a direito; se o recebesse, não precisaria do conceito de ato imoral. Alude a ele, que está noutro plano; não o traz ao mundo juridico. Daí ser preciso que, além de imoral o ato, o agente haja querido o dano; o agente não tem de reparar o dano, quando se exige dolo, se sabia imoral o ato, porém ignorava as Conseqüências danosas do seu ato, ou omissão (R. Weyl, .*Systern der Verschuldensbegriffe,* 400). Isso mostra e atende a que o conceito de imoral continua conceito ético; e o plano jurídico vê o ato imoral e provê às suas Conseqüências, no plano juridico.

2. *Previsão e vontade, distinção necessária.* A discussão penalística sobre ser preciso que o agente *queira* a consequência contra direito, ou somente o *haja previsto,* — com as duas teorias, a *teoria da vontade* e a *teoria da representação,* — refletiu-se no direito privado: respectivamente, G. Planck *(Kommentar.* li, *1,* ed., 218), K. Binding *(Die Normen und ihre Libertretung,* II, 2ª

ed., 323 e 391, R. von Hippel, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlãssigkeit,* 69 s.); contra, E. von Liszt *(Die Deliktsobligationen,*

54 s.), E. Zitelmann *(Irrtum und Rechtsgeschãft,* 150; **ci.** Kohler, *Lehrbuch,* II, 30; IR. Weyl, *System der Verschuldensbegriffe,* 375 s.). A

teoria da representação apagaria a distinção entre dolo e culpa consciente (IR. von I-{ippel, *Die Crenze,* 64 s.). Se o agente representou e quis, claro que dolosamente atuou, e as duas teorias estão de acordo: o agente quis, e considerou o seu ato como causador da contrariedade a direito, ou vice-versa; de qualquer modo, contrariou a direito, ligando ato e contrariedade (resultado). Se o agente somente quis a contrariedade a direito, porque era indispensável isso para conseguir o seu desejo, o que se passou, no seu intimo, quanto a querer o fim, sofrendo ter de sacrificar o que serve de meio, não importa: querer, com reserva mental, é querer, juridicamente, sem ela; a reserva mental, embora inoperante, foi representação aliada à vontade. As duas teorias não discrepam em terem o ato como doloso.

Fora dessas duas espécies *(dolus directus),* há o *dolus eventualis.* O agente sabe que o ato que vai praticar é suscetível (não certamente) de produzir *outra* contrariedade a direito que aquela que ele deseja. *a)* Então, a teoria da vontade exclui o dolo se encontra contrariedade que não foi querida, mas afirma a existência dele se o agente fora *indiferente* a que se produzisse ou não : pois, aí, querer *a* certo e não querer ou não-não-querer *b* incerto = querer *a* + *b* ou a + não -b; portanto, querer. Se havia maior probabilidade de que a *outra* contrariedade a direito não se produzisse, ou se havia esperança de evitá-la e se empregaram esforços para isso, só há negligência consciente (culpa consciente, *luxuria);* não há dolo. Já IR. von Hippel *(Verqíeichende Darstellung,* III, 503 sã frisara que o *dolus eventualis* só se dá se, produzindo-se a *outra* contrariedade a direito, ou a única, junto ao resultado desejado, sendo aquela possível, era preferível para o agente que ela se produzisse a ter de renunciar ao que desejava. A negligência é consciente quando o crer-se em que a contrariedade a direito não se produziria foi decisivo para que se praticasse o ato: contrariou, errando, pois confiava no que não merecia confiança. O *dolus eventualis* distingue-se da *Iuxuria* em que, no dolo eventual, se o agente houvesse tido certeza do resultado, nem por isso deixaria de atuar, ao passo que, na ne gligência consciente *(Iuxu ria),* se houvesse tido essa certeza, teria deixado de atuar (fórmula do penalista IR.

Frank). *b)* A teoria da representação não vai até a vontade; por isso, entende que não há distinguir: a representação sobre nexo causal é a mesma, uma vez que há possibilidade de se produzir a consequência.

3. *Ligação do ato à contrariedade a direito; erro de direito e* dolo. O que é preciso para o dolo é que a direção da vontade ligue o ato à

contrariedade a direito. Essa ligação se dá se, conhecendo a ligação, o agente não tomou providências que a excluiriam, a seu entender. Assim, se conhecendo o perigo e crendo-o pouco provável, ou afastando-o pelo que tomou de medidas preventivas, *teria* deixado de praticar o ato, se melhor informado estivesse, não há dolo; há negligência. Por isso mesmo que é de mister a ligação do ato à contrariedade a direito, não se pode cogitar de dolo se o agente ignorava a contrariedade a direito: não há ligar o ato a algo que se ignora. O que não conhece a sua obrigação não falta a ela dolosamente. Porém conhecer e ter certeza aí não se equivalem; *e.g.,* se A, ao começar a litispendência, destrói a coisa, dolosamente o fez; se A, que vai deixar de pagar a B e sabe que B terá a ação do art. 1.092, parágrafo único (de resolução de contrato bilateral), destrói, danifica ou aliena o objeto da prestação, dolosamente viola o contrato; se A, pendente condição, torna impossível o direito expectativo de B, atua como dolo. Não atua com dolo o que atua crendo fazê-lo em estado de necessidade, ou de legítima defesa. O erro de direito é negligência; não é dolo: o erro de direito pré-exclui tratar-se de dolo, embora não pré-exclua tratar-se de erro anulativo (arts. 86-91). Trata-se, porém, da ignorância da regra jurídica e não das Conseqüências da infração dela. Aí, há contrariedade a direito, mas a ligação do ato a ela não se pode dar porque se ignora o direito e, pois, a contrariedade a ele. Tem-se de ter como conhecidas todas as regras de direito; algumas não podem ser desconhecidas sem dolo, como as de usura (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* ~, 30ª-34ª ed.); outras não se hão de ignorar, porque são de trato frequente, e é difícil provar que não houve dolo no infringi-las; outras, ainda, são de rara incidência e quase todos, ainda os juristas, posto que não se escusem com o ignorá-las, nem por isso, ignorando-as, incidem em dolo, se as infringem.

(Aqui é da máxima importância atender-se a que a *contrariedade a direito,* elemento do suporte fático, existe, quer a pessoa ignore, quer não, a regra jurídica, porque a incidência das regras jurídicas se opera em determinação absoluta, infalível portanto. O *dolo* é que se não produz se se ignorava a lei que só por dolo se ignoraria. Se a figura não exige o elemento dolo e lhe basta a negligência, então o suporte fático está completo: a contrariedade a direito houve; e culpa. Ainda que se não haja composto o dolo.) No direito penal, o desconhecimento da lei é inescusável (Código Penal, art. 21, l~ parte). Foram repelidas as atitudes contrárias: a do Código Penal letão de 1933, art. 41, que não distinguiu o erro de direito e o de fato, escusáveis, para a exclusão da pena; a do Código Penal suíço de 1937, art. 20, que permitiu ao juiz diminuir, ou deixar de aplicar a pena, se o agente tinha razões suficientes para crer lícita a sua conduta; a do

Código Penal norueguês de 1902, *§* 57, que lhe facultou reduzir, substituir por outra, ou absolver. Porém, no art. 21.

2ª parte, o Código Penal atribui ao erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenção de pena e, se evitável, atenuação dela. No mais, não se anui na distinção entre lei penal e lei não-penal; mesmo porque, se alguma regra jurídica não-penal, dá o conceito ou a eficácia, a que lei penal alude, fazendo pressuposto seu, ou elemento do seu suporte fático, ao fato jurídico, à relação jurídica, ou ao efeito, ou consequência da infração, essa regra jurídica se integra na regra jurídica penal. O erro de direito não se leva em conta na teoria do erro causa da anulabilidade (arts. 86-91).

4. *Consciência da contrariedade a direito.* O dolo contém em si a consciência da contrariedade a direito.

Não no há se o agente ignora os fatos de que resulta a contrariedade a direito. O que ignora que seja devedor não pode infringir, dolosamente, a obrigação contratual, ou oriunda de negócio jurídico unilateral. Se A causa dano ao animal pertencente a B, crendo-o seu, ou manda desfazer o colar de brilhantes, que cria ser seu, e o desvaloriza, A não comete dolo. Não exclui o dolo o *motivo* do ato, nem o *fim* que teve em vista o agente, nem o *interesse maior,* moral, política, ou economicamente, que levou ao ato. As vezes, porém, a lei faz *relevante* o motivo *(e.g.,* art. 317,1V, antes da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 54).

Tampouco exclui o dolo a ameaça contrária a direito. A propósito de atos ilícitos como de atos lícitos, rege o princípio *Coactus uoluit:* o que quis, sob ameaça, quis, como os outros; apenas, a respeito de atos jurídicos lícitos, principalmente negócios jurídicos, se permite ao agente a ação para a desconstituição, dita ação de anulação pela coaqão. Se A matou a C, porque B o ameaçou de morte, se não matasse a C, A escolheu entre a morte de C e a sua; portanto, quis, embora coactamente. O estado de necessidade, a respeito de coisa alheia, é pré-excluente da contrariedade a direito (art. 160, II), mas a técnica jurídica teve, a despeito disso, de criar, aí, obrigação de reparar.

A obrigação há de ser cumprida “pelo modo” que se lhe previu, em regra jurídica cogente, ou dispositiva, ou em virtude de manifestação de vontade, inclusive se cabe invocar-se regra interpretativa.

§ 178. Graus de negligência

1. *Cuidado e negligência.* Na *negligência* pura, o agente praticou o ato, ou omissão, sem querer o resultado contrário a direito: faltou, da sua parte, o cuidado, que havia de ter, no trato com os outros homens e seus interesses. A negligência pode ser ligada à imprevisão do resultado contrário a direito, posto que fosse ele de prever-se; ou não ligada à imprevisão: então, o agente previu o resultado, e não no evitou, ou porque não o previu tão grave, ou o só previu como pouco provável, ou porque não quis apurar até que ponto era provável.

Na primeira espécie, diz-se *inconsciente* a negligência; na segunda, *consciente.* Numa e noutra, há falta de cuidado, de amor, de carinho, de atenção. Negligência é descuidar-se; vem de *nec-ligere,* isto é, de *legere,* ler, que é reunir, como diligenciar, que é escolher, selecionar *(di-)* para cuidar, e como inteligência *(inte-ligere, intelligere).* A falta *(nec)* de cuidado, de *(di) Iigen tia,* ou consiste *a)* em ato imprudente (que não prevê, *improviden tem; iniprudentem,* em forma sincopada), ou *b)* em omissão das medidas que incumbiam a quem devesse prever. Basta que ignore algum fato, ou regra jurídica, que devesse conhecer. Mas, no antigo direito romano, *a)* era *culpa* e *b)* era *neqiegentia.* A expressão *neglegen tia* só se referia à omissão, à falta de ato positivo. À culpa comissiva é que se chamava *culpa;* à omissiva, *neqlegen tia.* Assim era ao tempo de Quinto Múcio (L. 5, *§* 3, D., *com modati vel contra,* 13, 6: "et culpam praestandam et diligentiam"). Ulpiano falou de culpa e custódia (L. 13, *§* 1, D., *de pigneraticia actione uel contra,* 13, 17), culpa e negligência (L.

1, *§* 2, D., *si quis, qui testamento liber* esse *iussus erit,* 47, 4), "neglegentiam vel culpam" (L. 30, *§* 4, D., *ad legem Iuliam de adulteriis coercend is,* 48, 5). Descurando do tempo, interpoladores são os responsáveis por explicitações escusadas e por anacronismos.

2. *Medida do cuidado; espécies de diligência.* A *medida* do cuidado, para se saber desde onde e desde quando ele falta, é dada pelas relações inter-humanas, é social, objetiva, e não-individual, íntima, subjetiva.

Não basta à conduta, para ficar fora da zona espacial e temporal da negligência, o ser o que é corrente, se o corrente, pelos maus costumes, é a negligência mesma. Dai o problema técnico de se dizer

em que consiste a diligência: e seleção, escolha, cuidado; amas *onde* começa?

O homem normal, o homem diligente, para o patriarcalismo do direito romano, havia de ser o bom pai de família (L. 14, D., de *pigneraticia actione vel contra,* 13, 7): "Ea (culpa) igitur, quae diligens pater famílias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur". Algumas relações inter-humanas não cabiam no modelo; destoavam do ambiente familiar. Tinham-se, assim, outros problemas de determinação da *exacta diligen tia.*

Não se sabe ao certo a que tempo remonta o conceito de *diligen tia quam suis,* isto é, de diligência que a pessoa sói ter em negócios próprios ou assuntos próprios (diligentia quam in suis rebus praestare solet). Lá está em Celso (L. 32, D., *depositi vel contra,* 16, 3: "quam suis rebus diligentiam praestabit), a propósito de tutela; em Gaio (L. 72, D., *pro socio,* 17, 2), quanto aos sócios. O marido somente pela *diligentia quarn suis* era obrigado pelo dote (L. 17, ***pr.,*** D., *de iure dotium,* 23, 3; sobre isso e sobre a contradição com outras passagens do Digesto, L. Mifteis, *Rômisches Privatrecht,* 1, 332, nota 53). Bem assim o comuneiro (L. 25, ***§***

16, D., *familiae erciscundae,* 10, 2, texto de Paulo, no qual, aliás, o "talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus" é interpolação, e não revela estilo de Paulo). Dá-se o mesmo quanto ao fideicomisso universal (cf. A. Pernice, *Labeo,* II, *2,* 2ª ed., 218 **5.;** Ulpiano, L. 23, ***§*** 3, D., *ad senatus consultum Trebeilianum* 36, 1, onde há interpolações). Tudo mostra que o conceito se interpôs entre o dolo e a negligência do homem-tipo, substituindo casos de responsabilidade só pelo dolo. Fora da tutela e da sociedade, seria difícil pensar-se em degradação ou *nuances (Nuanzierung,* diz L. Mitteis, *Rõrnisches Priuatrecht,* 1, 333) da responsabilidade pelo dolo.

Para J. Chr. Hasse *(Die* Culpa, 213), a *diligen tia quam suis* foi minoração do pressuposto, em relação ao cuidado pelo *diligens pater familias,* tornando-se uma das espécies de culpa. Pensava E Schõmann *(Lehre vom Schadenersatze,* 170) em *exceptio* do demandado, se o autor alegava e provava a falta de diligência do *pater familias.* Outros a viram como espécie, junto ao dolo e à *omnis culpa* (A. Pernice, *Labeo,* II, 360). Em relação à culpa aquiliana, que é mais culpa *in faciendo,* a *diligen tia quam suis* é mais *in non faciendo;* porém seria erro tirar-se daí distinção conceptual. A diligência quanto aos assuntos próprios era exigida ao sócio, ao comuneiro, ao marido e ao tutor (ou curador). Se

existia, em direito romano, principio geral, não se pode provar. A *societas* era de origem familiar, a culpa do marido quanto ao dote e a culpa do tutor ligavam-se a fatos de família; dai ter-se cogitado de fundamento familiar. Outros juristas aludiram à circunstância de haver proximidade entre bens (J. Chr. Hasse, *Die* Culpa, 570 s.). A explicação por estarem na esfera jurídica do obrigado (RarI Ritter von Czyhlarz, *Das rômische Dotalrecht,* 216) os bens é de repelir-se (E. Sander, *Em Beitrag zur Lehre von der* diligentia quam suis, 30 s.),

3. *Princípio primitivo da responsabilidade pelo dolo e princípio da responsabilidade pela culpa.* Em matéria de contratos, o princípio *primitivo* não foi o *princípio da responsabilidade por culpa,* e sim o *princípio da responsabilidade somente pelo dolo.* O estudo desses primórdios e da evolução que se operou deve-se a **L.** Mitteis *(Rdmisches Privatrecht,* 1, 315 s.). O ilícito relativo (infração das obrigações negociais) era tratado como o ilícito absoluto: as ações por infrações contratuais eram ações delituais; a sentença tinha eficácia infamante. Para as primeiras camadas de *bona lidei negotia* e *quasi negotia* e depois, a ação era *actio famosa* (sociedade, tutela, mandatc, depósito).

Assistiu-se ao surgir do *dever de ter cuidado,* do *dever de diligência.* Por interpolação, passou a tê-lo o mandatário; no comodato e na *negotiorum ges tio,* apareceu ele; e noutros contratos e negócios jurídicos, a despeito de não ser caso de *actio famosa.* Assistiu-se ao surgir do *dever de custódia,* que, segundo E. Seckel (H. G. Heumann, *Handlexicon,* v. custódia), seria criador de responsabilidade por simples culpa, mas, segundo IKObler *(Das Utilitàtsprinzip,* 21 s.), nos tempos clássicos, abrangeria o *casus* evitável.

(a) São exemplos de dever de *diligen tia quam suis adhibere solet: a)* O depositário há de ter, na guarda e conservação da coisa depositada, "o cuidado e diligência" *(sic),* que costuma ter com o que lhe pertence (art.

1.266, V parte). *b)* O mandatário é obrigado a "toda a sua diligência habitual na execução do mandato" (art.

1.300); portanto, *diligentia quam suis.*

(b) Na L. 72, D., *pro sacio,* 17, 2, Gaio disse, em fragmento tirado às suas *Cottidianarum rerum:* "O sócio responde também devido à culpa,

isto é, por desídia ou negligência. Porém a culpa não se há de referir à exatíssima diligência; porque basta que ponha nos assuntos comuns tal diligência qual a que sói aplicar em seus próprios assuntos; porquanto quem se procura sócio pouco diligente, de si mesmo se há de queixar". A *culpa in concreto* é, aí, dolo modificado (L. Mitteis, *Rômisches Privatrecht,* 1, 330, nota 43); pois, antes, só se respondia, no plano contratual, pelo dolo. Seja como for o principio da *diligen tia quam suis* firmou-se.

Na L. 52, *§* 2, D., *pro socio,* 17, 2, ainda só se falava de dolo, tendo sido interpolação a referência à culpa (provou-o St. Brassloff, na *Festschrift fúr* Bormann, 334): "Assim, pois, se pergunta se o sócio deve prestar só o dolo, ou também a culpa. E Celso, no livro sétimo do Digesto, escreveu: cumpre que os sócios se prestem entre si, o dolo e a culpa (sócios inter se dolum et culpam praestare oportelj. Se, ao se constituir a sociedade, instrui ele, alguém promeTe trabalho, ou obra a outrem, como quando damos gado para pastar em comum, ou campo, a cultivador, para se perceberem em comum os frutos, sem dúvida (nimirum) aí se há de prestar também a culpa: pois o preço é representação da obra e da arte. Se, porém, o sócio causou dano à coisa comum, mais é de admitir-se que se inclua a culpa". Ulpiano raciocinava com o seu tempo; Celso, mais de um século antes (começo do século 1), teria, pelo menos, razão de dúvida; e a L. 72, que está bem perto no Digesto, 17, 2, tirada de Gaio, que viveu entre os dois outros juristas, ou seria ignorância da solução de Celso (se Celso tivesse escrito *et culpam),* ou regressão consciente, tentando síntese. As interpolações obscurecem, lamentavelmente, o problema, que pôs em contradição o Digesto, 17, 2, na L. 72, que é de Gaio, lá por volta de 170, e na L. 52, tirada de Ulpiano, *ad edictum,* que ele escreveu sob Caracala (morto em 217), ou depois (pouco provável, porque, ao tempo em que escreveu o livro trigésimo quinto do *ad edictum,* Caracala vivia, cf. L. 3, D., *de suspectis tutoris,* e a L. 52 foi tirada do livro trigésimo primeiro).

A solução que adotamos, no direito luso-brasileiro, foi a da L. 52 (Ulpiano), e não a da L. 72 (Gaio). Quer dizer: a responsabilidade pelo dolo e culpa, segundo a interpolação; e não a do dever de *diligentia quam suis,* a que se arrojara Gaio, na L. 72, ou o interpolador (problema, talvez, insolúvel). Assim, Correia Teles *(Digesto Português,* III, *§* 1.070, 149: "cada um dos sócios é responsável pela culpa grave e leve"), Coelho da Rocha *(Instituições, §* 866, 675), *Esboço* de Teixeira de Freitas (art. 3.152) e M. 1. Carvalho de Mendonça *(Contratos,* II, 230).

O Código Civil, no art. 1.380, P parte, ficou com a solução de Ulpiano, contra a de Gaio, que o Código Civil alemão preferira ***(§*** 708). Estatuiu o art. L380, 1ª parte: "Cada sócio indenizará a sociedade dos prejuízos que esta sofrer, por culpa dele". É como se dissesse com a interpolação (L. 52, ***§*** 2): "Socios inter se dolum et culpam praestare oportet". Qualquer invocação da L. 72 ("sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet") seria contra a tradição do direito brasileiro, e contra a letra e o conteúdo do art. 1.380, V parte (cf. Código Civil argentino, art. L759, 1ª parte: "Todo socio debe responder à la sociedad de los dahos y perjuicios que por su culpa se le hubiere causado ; uruguaio, art.

1.886).

(c) O marido (ou a mulher), se o rendimento é comum, responde como o usufrutuário (art. 260, 1), portanto como agente comissivo ou omissivo de ato ilícito absoluto (art. 159), pois o direito do proprietário, no usufruto, é real, e não pessoal (a relação jurídica é a sujeitos passivos totais), a despeito da caução, que haja prestado, segundo o art. 729 (a caução é ao proprietário, e não ao titular do direito de propriedade *naquele momento).* Se há mandato, expresso ou tácito, para administrar os bens do outro cônjuge, responde o marido (ou a mulher) como mandatário (arts. 260, II, e 311); portanto como dever de *diligen tia quam suis,* segundo o art. 1.300 *(verbis* "toda a sua diligência habitual"). Se o marido (ou a mulher) não é usufrutuário, nem administrador, a sua responsabilidade é a de depositário (art. 260, III); portanto, pela *culpa in concreto,* uma vez que o arE 1.266, 1ª parte, só exige ao depositário a *diligentia quam* suis. (No direito alemão, ***§*** 1.359, não se distinguiu: sempre, os cônjuges somente respondem pela *diligentia quam suis).* Quanto ao dote, o marido

"responde pelos danos de que tiver culpa" (art. 307, 2ª parte).

(d) O pai, no direito brasileiro, responde pela culpa in *abstracto,* isto é, pela culpa como homem normal.

Sociologicamente, é digno de menção que, ainda aí, o direito alemão só exigira ao *pater farnilias* a *diligentia quam suis* ***(§*** 1.664): o patriarcalismo, ainda nas relações entre pai e filho, já estava tão longe que só se exigira ao homem-tipo o proceder como sói proceder com os seus negócios.

Também o fiduciário, que, no direito alemão, só responde pela *diligen*

tia quam suis (*§* 2.131), é, como o usufrutuário no direito brasileiro, responsável de toda culpa.

4. *Atividade profissional e natureza do ato, como elementos agravativos.* O ser mais estrita a culpa pode resultar da *atividade profissional* do agente e da *natureza do ato,* positivo ou negativo. Aqui, vai-se acima do que se tem, em geral, como infração do dever de evitar danos. E a responsabilidade pela conduta normal *superior,* ou pela sugestão do que o objeto faz ao homem normal. São, como se vê, espécies inconfundíveis, uma de fundo subjetivo (qualidades do agente); outra, de fundo objetivo (qualidades do bem).

(a) A *diligência subjetivamente a mais* resulta, de ordinário, de exercício da profissão: a culpa do advogado especialista há de ser mais rigorosamente apurada que a do advogado sem especialidade; passa-se o mesmo com o médico, o engenheiro, o arquiteto, ou outro profissional, cuja profissão seja suscetível de especialização; a culpa do advogado em geral é *in abstracto,* posto que seja a do advogado-tipo; *o* cuidado que há de ter o transportador de jóias, dinheiro, pedras preciosas, cristais, porcelanas, se a sua profissão é especializada, de modo nenhum é a dos outros transportadores.

(b) A coisa mesma pode impor ou sugerir maior cuidado; há, então, *diligência objetivamente a mais.* Se o transportador não especializado em transportes de cristais se encarrega da embalagem, há de ter com esses cuidado maior do que com os objetos de metal ou de pedra. O banqueiro, que, por profissão, há de ter cofres para o dinheiro, a respeito de jóias de alto valor há de ter ainda maior cuidado se, devido a temor de furto, costuma não ter em caixa grandes depósitos de dinheiro. O valor é que importa.

Nem a diligência subjetivamente a mais nem a objetivamente a mais são espécie de *diligen tia quam in suis rebus praestare solet.* Não há qualquer referência, nelas, ao que se sói praticar com os próprios negócios, se bem que, na diligência subjetiva-mente a mais, se atenda a qualidades do agente e, na diligência objetivamente a mais, a qualidades das coisas, com as quais o agente trabalhe. Não se sai do terreno da culpa *tn abstracto.*

5. *Agravação negocial de diligência.* A culpa ainda pode ser mais rigorosamente apurada se *negocialmente* se admitiu maior cuidado que o do homem normal. Assim, se o contraente previu que o outro tomasse medidas especiais e o outro aceitou, a infração do contrato, o ato ilícito relativo, dar-se-á *antes* de ocorrer o ato ilícito pela infração da *diligentia boni patris familias* ou da *diligen tia quam suis.* **É** possível que a culpa se dê, sem que o agente tenha previsto o resultado lesivo do seu ato ou omissão.

6. Omissão negligente. ~A omissão negligente, *objetivamente apreciável,* para que se tenha como culpa, só se compõe *a)* se o agente omissivo, por suas qualidades mentais e físicas, pode compreender o que se passa e realizar o que a excluiria; ou, em vez disso, *b)* não se atende a qualidades mentais e físicas do agente omissivo? No direito alemão, a despeito do ***§*** 276, que remete aos ***§§*** 827 e 828, discute-se: de um lado, com a opinião *a),* E von Liszt *(Die Deliktsobligationen,* 55), E. Landsberg *(Das Recht des BGB.,* 1, 254), Brodmann (Ober die Haftung for Fahrlãssigkeit, *Archiv fàr die civilistische Praxis,* 99, 370), E Litten *(Die Ersatzpflicht des Tierhalters, 69),* L. Brútt *(Die Kunst der Rechts anwendung,* 154), E. Leonhard (Fahrlãssigkeit und Unfãhigkeit, *Festgaben fúr* L. Enneccerus, 19 sã, L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª

ed., 552); G. Planck *(Ko,-nmentar,* II, 1, 4ª ed., 221); do outro, P. Oertmann *(Recht der Scbuldverháltnisse,* 109, E. Endemann *(Lehrbuch,* 1, 8ª-9ª ed., 640, nota 8), H. Dernburg *(Das Búrgerliche Redil,* II, 1, 160), E.

Schollmeyer (Recht *der Schuldverhàltnisse,* 100), R. Weyl *(System der Verschuldensbegrilfe,* 111), H. lsay *(Die Geschàftsfúhrung,111),* K. Linckelmann *(Die Schadenersatzpflicht,* 37), L. Trâger *(Der Nausalbegriff,* 195), M. Rúmelin *(Haftung irn klinischen Betrieb,* 75), E. Rabel *(Die Haftpflicht des Arztes,* 81) e Franz Exoer *(Das Wesen der Fahrlãssigkeit,* 190). A primeira opinião entende que as qualidades psíquicas e físicas, que não dependem da vontade, se ligam àindividualidade, são parte dela, salvo se há razão especial para se não terem como tais; a segunda mantém, a respeito, o critério abstrato. O argumento maior, a favor de *a),* é que seria contra a equidade que se reputasse culpado quem tem de executar algum ato, ou evitá-lo, se, devido às suas qualidades *inferiores,* não o pode conseguir. Resposta: cair-se-ia no critério *subjetivo,* algo de culpa "conforme cada um". Outro argumento foi o de que, negando-se essa verificação em concreto, se cai em contradição com a conceituação da culpa segundo as profissões, ou o grupo sujeito, pelo elemento de

ligação, a riscos maiores (grupo de caçadores, grupos de jogadores de futebol, grupo de corredores de automóveis, grupo de cavaleiros que estão a passar pelas ruas). Não há contradição: o que se anuncia como médico, ou como clínico especialista, entra em grupo, a que corresponde o homem-tipo profissional; se anuncia operação, ou tratamento, que somente *ele* faz, cria grupo em que ele é único, e é segundo esse homem-tipo que lhe há de ser apurada a culpa. Naturalmente, se A comete a B receber de C grande quantia, longe do lugar em que há de ser entregue a A e A conhece as qualidades inferiores de B, quanto à força física para se livrar de ladrões, ou quanto à sua covardia, B não é responsabilizável na medida em que o é D, pessoa forte e corajosa; mas a razão está no art. 1.300, que manda atender-se, no mandato, à diligência *quam suis.* Não se devem confundir as espécies. Recorrer-se à equidade, para se não ver culpa, se o agente, por suas qualidades psíquicas e corporais, não podia ter conduta diferente, é *concretizar* a culpa, fora dos casos em que a lei mandou que só se atendesse à violação da *diliqen tia quam suis.*

7. *Negligência, critério objetivo e abstrato na apreciação.* Negligência é omissão da diligência exigida no trato ordinário dos homens, quando, se não tivesse havido essa falta de diligência, se teria evitado o resultado não querido contrário a direito. O critério é, pois, objetivo e abstrato. Qualquer variação, que se observe, resulta da variação do elemento objetivo (social), e não de qualidades psíquicas ou corporais do individuo.

Se essas qualidades *podem* vir a ser relevantes, para fazer culpado, em maior número de casos, o agente (contrato de serviços com pessoa cuja força física foi elemento que se fez relevante para a conclusão do contrato), ou menor número de casos (se o contrato, por exemplo, foi a menor preço de serviço, porque o contraente não tem a força do homem comum), é outra questão. O direito ganha em que se mantenham separados os conceitos. Muito perde em que se misturem ou confundam.

Se o comerciante, que contrata, tem de responder com a diligência própria (“diligência que em casos semelhantes empregam os comerciantes acautelados”, Código Comercial, art. 181), é porque esse é o homem-tipo do grupo. E o mesmo ocorre quanto ao médico, quanto ao transportador com animais, se não pode dominá-los (L. 8, ***§*** 1, D., *ad legem Aqui liam,* 9, 2), quanto ao automobilista que desconhece a cidade, quanto ao cavaleiro que não está a par de

dificuldades da equitação. De regra, o que depende de *instrução* e *cultura* (e concorre para catalogar o agente) põe-no em grupo, a que corresponde homem-tipo.

8. *Sobreestirnação de si próprio.* Se alguém sobrestima as próprias qualidades e essas não lhe bastam, ou lhe impedem a prática do ato, ou a omissão, responde pela culpa, pois havia de refletir antes de proceder; não, porém, porque as tenha sobrestimado, e sim porque ou essas qualidades não se levam em conta, sendo as do homem-tipo, ou essas qualidades foram, na sobrestimação, elevadas a outro homem-tipo. Na L. 132, D., *de diversis regulis iuris antiqul,* 50, 17, Gaio exprimiu: "Imperitia culpae adnumeratur". Na L. 9, ***§*** 5, D., *locati conducti,* 19, 2, Ulpiano citou a Celso: também a imperícia se há de contar como culpa; o que se empregou para apascentar bezerros, ou remendar ou polir alguma coisa, deve responder pela culpa; o que fez mal por imperícia é culpado, porque, argumenta, se empregou como artífice (quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit).

No plano do ilícito relativo, quem assume obrigação superior às suas forças responde pela culpa. O

fundamento para essa solução está em que *a impossibilidade subjetiva originária não libera o devedor, nem invalida o negócio jurídico.* Ora, quem promete o que não pode fazer, por impossível subjetivo, está adstrito a cumprir. Nem há, ai, impossivel objetivo originário, que faça *nulo* o negócio jurídico (art. 145, II), nem o impossível. objetivo ou subjetivo, posterior, que levante a questão da culpa (e.g., arts. 879). Não se precisa lançar mão do argumento de que assumir obrigação é *garantir* ter a aptidão a cumpri-la (assim, O. Planck, *Kommentar,* II, *1,* 4ª ed., 322; certo, L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 11, 3V-3Y ed., 103). Pretendeu H. Titze *(Unmãglichkeit der Leistung,* 247 s.) que o negócio jurídico seria válido (está certo), mas nenhuma ação existiria para o cumprimento, ou perdas e danos: seria lacuna da lei, a ser preenchida segundo as regras jurídicas sobre a impossibilidade subsequente. De modo nenhum; a impossibilidade subsequente nada tem com a objetiva, ou com a subjetiva originária; com aquela, porque causa a invalidade; com essa, porque não se pode pensar em apurar a culpa, no que se fez impossível ou era impossível, subjetivamente, *antes.* No direito romano, a L. 137, ***§§*** 4 e 5, D., *de verborum obligationibus,* 45, 1, deixou bem claro que prometer o que ainda não se tem é prometer, e prometer o que não é possível ao promitente, mas o é a outrem, é obrigar-se, segundo o direito. Na L. 34, frisa-se o

mesmo. Na L. 15, *§* 3, D., *de usurpationibus e usucapionibus,* 41, 3, na L. 28, D., *de contrabenda emptione,* 18, 1, e noutros passos, o pensamento é idêntico.

9. *Ignorar o direito é negligência embora possa não haver dolo no erro de direito.* Se, apesar de toda a diligência exigida nas relações da vida comum, houve dano, porém não era de se exigir o conhecimento da *contrariedade a direito,* não há por onde se cogitar de negligência. O que erra, de fato, sem ter culpa no errar, negligente não é. Naturalmente, rege-se por outros princípios o erro na justiça de mão própria (sem razão, generalizou esses princípios, especialíssimos, E von Liszt, *Die DeliktsobligatiOnerfl,* 59).

Quanto ao erro de direito, há o dever de conhecer as leis; de modo que não se pode excluir a negligência, *salvo* em situações especiais. Nem sempre há dolo se há erro de direito, porém o erro de direito não o pré-

exclui, *a priori.* Há sempre negligência no ignorar o direito, pois há dever de conhecê-lo.

10. *Princípio da suficiência de qualquer culpa.* O principio geral, a respeito do ato ilícito, absoluto ou relativo, é o de que toda culpa, inclusive a leve, obriga à reparação *(principio da suficiência de qualquer culpa).* A lei é que abre as exceções: ora só o dolo, ora só a culpa grave *(lata).* A negligência grave supõe que o agente podia prever o resultado e o previu. Compreende-se que, no direito comum e depois, se tenha procurado unificar, em conceito mais largo, dolo e negligência grave. Só existiriam culpa grave e culpa leve, uma vez que se não admitiria a *culpa levíssima,* em que se não deixou de ter a diligência devida. **É** difícil eliminar-se o conceito de culpa grave, não segundo os textos romanos, mas segundo o elemento psicológico da maior negligência: tanto mais quanto, se se exige o dolo, a culpa lata não basta; se se exige culpa lata, a culpa leve não basta. Poder ter previsto e ter previsto mostram bem que a culpa leve não é o mesmo que a culpa lata, porém ter ocorrido o que se previu não é, sempre, ter ocorrido o que se quis. Na culpa grave, previu-se e não se quis; porque, se se quis, dolo há, e não só culpa lata.

No direito romano, a L. 1, *§* 1 (Ulpiano), D., *si mensor Jalsum modum*

dixerit, 11, 6, contêm interpolação que diz: "lata culpa plane dolo comparabitur", falando-se de imperícia. Na L. 226, D., *de verborum significatione,* 50, 16, Paulo afirma a identificação: "Magna negligentia culpa est; magna culpa dolus est".

Não se cogitara, a princípio, de culpa lata nas relações jurídicas negociais, exceto na de depósito (Li, ***§*** 5, D., *de obligationibus et actionibus,* 44, 7, que é texto de Gaio; cf. A. Pernice, *Labeo,* 2, *2,* 2ª ed, 214). Depois aparece quanto aos precaristas, aos argentários, ao mensor, ao escravo libertado pelo testamento e quanto a outros casos. A aplicação em matéria de mandato foi interpolação (L. 8, 10, D., *mandati vel contra,* 17, 1). O conceito geral foi tardo; nenhum jurista, pré-severiano, o conheceu (L. Mitteis, *Rdmisches Recht,* 1, 335). A *latior culpa,* de que falam Nerva, Próculo e Celso, é a *culpa in concreto* (cf. L. 32, D., *depositi vel contra,* 16, 3).

§ 179. Caso fortuito e força maior

1. *Conceitos.* Se o "caso", *casus,* o que cai, ocorre, sem que o homem, especialmente o devedor, tenha sido causa, diz-se *caso fortuito.* De ordinário, é de acontecimento natural que se trata; mas pode dar-se que seja ato de terceiro, pelo qual não responde o devedor, ou ato sem qualquer culpa do próprio devedor Não há conceito de caso fortuito que seja absoluto; o mesmo fato pode ser fortuito para A, e não para B.

No definir-se a *força maior,* há duas teorias: a *teoria objetiva,* que vê força maior no que, por sua natureza, é inevitável, independendo, portanto, da pessoa e da previsibilidade e atuação dela (Max Rúmelin, *Der Zufali im Recht,* 28; L. Tráger, *Der Kausalbegriff,* 222); a *teoria subjetiva,* que tem por força maior todo caso fortuito que não se poderia evitar com a mais apurada diligência (L. Goldschimidt). A primeira teve sustentadores em A. Pernice *(Marcus Antistius Labeo,* 1, 349), que frisou o caráter casual da *vis maior,* W.

Stintzing (Uber *vis maior* im Zusammenhang mit *periculum* und Haftung, *Archiu for civilistische Praxis,* 81, 427 s.), a imprevisibilidade, M. Rumelín *(Der Zufaíl im Recht,* 30 s.), a inevitabilidade, H. A. Fischer (Vis *maior* im Zusammenhang mit Unmóglichkeit der Leistung, *Jherings Jahrbúcher,* 37, 225, 278 s.), a inevitabilidade abstrata.

2. *Força maior e caso fortuito como pré-eliminadores da suficiência do suporte fático.* Quando a força maior, ou o caso fortuito, é alegável como excludente da responsabilidade pelo ato ilícito *relativo (e.g.,* Lei nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, arts. 1ª-6ª, 17-25), ou *absoluto,* em verdade a regra jurídica é pré-

excludente: vai ao suporte fático, e a força maior, ou caso fortuito, opera como elemento negativo, que cancela a presunção de culpa, ou conceptualmente exclui prova de culpa. E o que se passa ainda que a lei aluda à prova, ou, em terminologia errônea, a exceção.

Quando se diz que alguém responde ainda pela força maior, ou pelo caso fortuito, diz-se que o suporte fático do ilícito está completo ainda que não haja culpa, ou, até, ato. Assim se há de entender que a força maior, ou o caso fortuito, não pré-exclui. Se, na espécie, há ato do responsável, esse ato é tratado como ato-fato; se não há ato, como fato. Tem-se, ali, ato-fato ilicito; aqui, fato ilicito.

§ 180. Imputabilidade

1. *Conceito de imputabilidade.* Chama-se *imputabilidade* o poder-se atribuir a alguém, por seu estado psíquico, a culpa do ato. No direito privado brasileiro, ou a não-imputabilidade resulta de idade, ou da *interditabilidade.* Vale dizer que a capacidade negocial e a capacidade delitual se assemelham; porém o direito brasileiro não admitiu que, em matéria civil, se tivesse a imputabilidade como distinta da incapacidade. Se alguém está bêbado e causa dano, responde pela negligência; se procurou beber, prevendo o dano, o dolo compõe-se. A lei fez bem em excluir a verificação de não-imputabilidade fora dos casos de incapacidade; mesmo porque, se o fizesse, teria de criar obrigação de reparar, por equidade. O estado transitório, como o sonho, o desmaio, o ataque epiléptico, a embriaguez e o estado hipnótico não afastam a imputação, se a incapacidade não se compõe. Isso de algum modo simplifica o problema técnico; por outro lado, complica-o. Chega A em sua oficina, onde devia ligar a luz para o outro e não no faz, porque, chegando, bebeu água e a água fora preparada para provocar-lhe forte sono. Nenhuma culpa tem A; tem culpa o que preparou a água. Se A se pôs em tal estado, para não poder praticar o ato que lhe cabia, responde, porque podia prever *(culpa leve)* ou previu *(culpa lata)* ou previu e quis o resultado *(dolo).*

Se A, ao embriagar-se, por exemplo, não *podia prever* o que aconteceria, culpa não há; posto que seja dificílimo haver dano que não seria de prever-se se alguém culposamente se põe em estado de causá-lo. Não temos a regra jurídica do Código Civil alemão, § 827, 2ª parte, concernente às bebidas alcoólicas e outros meios de perturbação psíquica. Por isso mesmo, tem-se de apurar a culpa: se não na há, o dano não é reparável pelo causador sem culpa.

2. *Responsabilidade civil e responsabilidade penal.* A responsabilidade civil é independente da criminal: em conseqüência , o que estava ébrio, ao cometer o crime, pode não ser imputável, penal-mente, e responder no cível.

3. *Culpa e responsabilidade; responsabilidade sem culpa.* A lei pode estabelecer qualquer presunção legal relativa. A regra jurídica, que estabelecesse o dever de indenizar, sem qualquer culpa, pelo ato ilícito alheio, feriria o sistema já da Constituição de 1946; e.g., se excluisse a prova da culpa do Estado que impôs, de qualquer maneira, em lei emergencial, a permanência do empregado, contra as acusações do empregador. A responsabilidade pela culpa de outrem, sem qualquer culpa, perfaz, se bem que não sempre, a figura do confisco. Há, porém, um ponto, que é digno de toda atenção: é o referente à aplicação do art. 63 do Código de Processo Penal, na hipótese de se adotar presunção legal absoluta (= responsabilidade sem culpa por ato de outrem). A sentença penal teria eficácia mediata (executividade civil), mas o patrão, amo, ou comitente, não foi ouvido, nem pôde defender o empregado. A eficácia mediata, de certo modo, é penal, e a Constituição de 1988 estatuiu que (art. 5º, XLV, 1ª parte), sem prejuízo de sua responsabilidade civil nas hipóteses em que incorrer em dolo ou culpa, „nenhuma pena passará da pessoa do condenado". Se se admite que a eficácia é anexa, civil, então não se justifica não ter sido ouvido o patrão, amo, ou comitente, que a sofre. Não se criou presunção *iuris et de iure* quanto à culpa do agente; presumiu-se a do patrão, amo, ou comitente, que, segundo os princípios, deve poder defender o agente, para que se lhe não presuma a culpa pela culpa do empregado. Seja como for, a presunção juris et *de fure* é instituto antiquado, bolorento, tanto quanto já o é a noção de risco profissional", superada na própria jurisprudência francesa. A Constituição de 1988, arts. 194 e 195, adotou a seguridade social para assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como das contribuições sociais dos empregadores ou empresas e entidades a elas equiparadas, dos trabalhadores e demais segurados da previdência social, e sobre a receita de concursos de prognósticos, bem como obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho (art. 72, XXVIII). A lei de acidentes no trabalho, à parte da lei que ai se prevê, fundada na culpa, com ou sem presunção legal relativa de culpa do empregador, ê perfeitamente permitida pela Constituição de 1988. A lei de acidentes, fundada no "risco profissional", noção já superada na própria jurisprudência francesa, seria destoante da Constituição de 1988 e dos princípios de boa técnica legislativa, porque suporia risco profissional (segundo o conceito de R. Saleilies), ou risco criado (segundo o conceito de L. Josserand) onde nenhum risco provelo especificamente da profissão ou da indústria. A criação de presunção *iurfs et de* iure, para que essa não se choque com os princípios da justiça social, tem de estender de algum fato ao fato presumido consequencias experienciais, de modo que não redunde em violação indireta de regras jurídicas constitucionais. Assim, a presunção legal absoluta da culpa, se o dano provelo da indústria proibida em geral, em certo lugar ou tempo, não atentaria contra os princípios de justiça social, nem contra a Constituição de 1988. Outrossim, a presunção legal absoluta de culpa se o dano provelo de indústria perigosa não proibida, porque a instalação dela é assunção de responsabilidade pelo perigo. Isso não quer dizer que, *ainda* aí, não seja preferível outra solução técnica, *e.g.,* a da presunção legal relativa, que possa ser elidida com determinadas provas ou com a prova de determinados fatos, positivos ou negativos (presunções legais mistas). A regra jurídica que contêm presunção legal iuris et *fure* opera como regra juridica estranha à discussão da prova; só em sua origem tal regra jurídica é regra de discernirnento do ser e do não ser: afirma que é, impondo existência que pode estar a deformar, com imensa injustiça social, a realidade da vida; a pretexto de assentar que se tem por dispensado de prova o que mais acontece *(Prnesumptio sumitur ex* eo *quod plerurnque fit),* ergue-se a muralha do que se presume, *ainda* em contraste com os fatos que se podem provar. A violência desse expediente técnico do pensamento juridico ressalta.

§ 181. Culpa in abstracto e culpa in concreto

1. *Suporte F*ático *e negligência.* No conceito de negligência, não está o elemento vontade do agente. Omitiu-se cuidado: não se quis o

resultado, nem se quis o ato mesmo, ou fato, de que exsurgiu a contrariedade a direito. Pode ter havido consciência de que o resultado provavelmente viria; não se pode exigir ter havido vontade. Previu-se, ou não se previu; mas, num ou noutro caso, não se quis, nem se anuiu em que outrem quisesse. Todavia, é preciso evitar-se o dizer-se, como alguns juristas, que a negligência ê consciente, se o agente previu o resultado e não procedeu de jeito a evitá-lo, porque esperava, por leviandade, que se não produzisse. Tal explicação é contraditória: quem prevê, ou quem tem certeza de que o resultado virá, e omite o necessário a evitá-lo, não é só negligente. E preciso que tenha consciência de que o resultado *pode* acontecer, porém que não esteja certo de que acontecerá. Há só leviandade, negligência, em se não proceder de modo a evitar o provável; não, em não se proceder de modo a evitar o que, sem o ato de afastamento, se há de produzir.

Se o resultado só é provável, o ato, que o evite, pré-exclui a probabilidade, ou, se apenas parece evitá-lo, a diminui. *Se* o resultado é cedo, salvo se o ato o evita, a culpa do agente que teria de atuar é maior. Obra imprudentemente quem omite o que evitaria, se esse ato, que omitiu, seria um dos atos aptos a evitar o resultado; como obra imprudentemente o que pratica o ato que aumenta a probabilidade do resultado, se não o quis o agente. Há o dever de diligência à base de toda negligência. Diligência é ato de acordo com o que o grupo social ordena; no étimo está a assembléia, a reunião, o grupo de gente, a legião, que rouba ou arrebata as coisas sagradas dos outros (sacrilégio), que escolhe no futuro a "sorte" de alguém ou do grupo (sortilégio), que começa a juntar letras, sinais, que possa ler; que elege, que escolhe o melhor (elegância). Na mesma esteira, legume, colheita, coletivo, recolher, selecionar, religião, inteligência. O prefixo *nec* fez *neglegen* tia, que a principio só se referia à omissão negligente, ficando *culpa* para designar a ação negligente. Assim, a negligência, positiva ou negativa, foi posterior, tornando-se o contrário de ação ou omissão do sciens *prudensque.* Os textos revelam, aqui e ali, o sentido estrito, anterior (cf. L. Mitteis, Rómisches *Privatrecht,* 1, 322 s.)

Diante de expressões como a do Código Civil. art. 159, ve *rbis* "causa prejuízo a outrem", percebe-se que os legisladores temeram reduzir as violações, os danos, às ofensas a *direitos.* Praticamente, havia razão para isso: nem sempre a doutrina e a jurisprudência atendiam aos casos de ofensas, que não produziam danos materiais, deixavam sem tutela direitos que erroneamente não se reputavam subjetivos, ou, até, não se reputavam direitos *(e.g.,* o direito à verdade, o direito à honra; ou a *universitas* facti, em seus valores próprios, distintos dos valores dos direitos incluí-dos no patrimônio.

2. *Dever de diligência.* ~Como se há de apreciar o *dever de diligência?* Há a diligência que independe do que seja cada homem, ou alguns homens, a diligência in *abstracto,* e é a diligência de todo homem como membro do grupo, ou parte dele, em que se abstrai dos próprios maus costumes que se tornaram freqúentes.

Há a diligência in *concreto,* que é a diligência de quem só há de proceder em relação aos assuntos alheios como procede em relação aos seus *(diliqen tia quarn* in *suis rebus praestare solet):* é pela culpa in concreto que responde o depositário (art. 1.267); no direito alemão (§ 708), o sócio *(aliter,* no brasileiro, art. 1.380); no direito alemão (§§ 1.359 e 1.664), o cônjuge e o titular do pátrio poder *(aliter,* no direito brasileiro). O depósito, no sistema do Código Civil brasileiro, pode ser sem gratificação (art. 1.295) e a responsabilidade é pela culpa in concreto, seja gratuito, ou não *(obter,* outros sistemas jurídicos), a despeito dos argumentos a favor da distinção, *de leqe ferenda* (cf. C. E Reatz, *Die zweite Lesung,* 319; W. von Hagen, *Die sogenannte* Culpa in concreto, 43 s.). Quanto à responsabilidade dos pais em relação aos filhos. o direito brasileiro mantêm os princípios do art. 159 e os da responsabilidade dos administradores de bens alheios.

Capitulo V

Pré-Exclusão da Contrariedade a Direito

§ 182, Conceito da pré-exclusão da contrariedade a direito

1. *Contrariedade a direito, elemento do suporte fático.* O ato pode ser ato ilícito relativo (viola direito, pretensão, ação, ou exceção derivada de relação jurídica em algum sujeito singular) e ser ato ilícito absoluto ou *stricto sensu;* ou ser apenas ato ilícito relativo, ou ato ilicito absoluto. O elemento comum, que é a *contrariedade a direito,* pode não existir, por alguma razão especial, que a lei adote, e então, ainda que os outros elementos se juntem, teremos — na ocasião do ato mesmo — "contrariedade a direito, menos contrariedade a direito, *igual* a zero". Porque, se a regra juridica A diz que é proibido (art. 159) e a regra jurídica E, especial, diz que não no é, no que corresponde ao conteúdo da regra jurídica E (art. 160,1 e II), não há contrariedade a direito: portanto, não há ilicitude.

2. *Espécies de pré-exclusão da contrariedade a direito.* As espécies principais de pré-exclusão da contrariedade a direito são: *a)* A *legítima defesa* (art. 160, 1, 1ª parte); *b)* O *exercício regular do direito* reconhecido (art. 160, 1, 2ª parte), pois o abuso do direito, ou exercício irregular, é ato ilícito absoluto. *c)* O

estado de necessidade, ou destruição ou deterioração da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (art.

160, II), entendendo-se lícito o ato, se as circunstâncias o tornaram absolutamente indispensável (necessário), não excedendo os limites do que o é para a remoção do perigo (art. 160, parágrafo único). *d)* A *justiça de* mão ***pró****pria, autotutela* ou *desforço (e.g.,* art. 502). *e)* Se alguém, de ordinário funcionário público, tem permissão legal para *intrometer-se na esfera jurídica de outrem (e.g.,* para desinfecção de casas, exame de pessoa suspeita de doença contagiosa, medição de luz, força e gás). fl Nas espécies em que a regra jurídica permite a

intromissão na esfera jurídica alheia, porque corresponde à vontade do interessado ou à sua presumível vontade (gestão de negócios, serviços prestados pelo médico a quem se acha em estado de inconsciência ou de incapacidade, ou pelo advogado, com a caução *de rato,* segundo o Código de Processo Civil de 1939, art. 110, e sem ela, segundo o Código de Processo Civil de 1973, art. 37, ou pela gestão do negócio extrajudicialmente etc.). A intromissão não é, ai, contrária a direito; portanto ao suporte fático falta esse elemento (E. Zitelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiv ftir die civilistische Praxis,* 99, 104

5.;

H. A. Fischer, *Die Rechtswidrigkeit,* 281): é insuficiente para suporte fático do ilícito; o que fica, com a ablação, é lícito. Aqui, não nos interessa discutir a sua natureza como ato licito, se real (portanto, ato-fato), ou como ato jurídico *stricto sensu,* porque estamos a enumerar apenas as espécies de suportes fáticos *insuficientes* para a ilicitude. O assunto já foi tratado. *g)* Se o ofendido consente na intromissão na sua esfera jurídica *(consentimento na ofensa).* Tal descontrarização é excepcional, tratando-se de atos ilícitos *absolutos;* quanto ao ilícito *relativo,* é quase a regra o vo *lenti* non f *it iniuria:* o ordenamento jurídico deixa margem, do lado dos direitos subjetivos, das pretensões, das ações e das exceções, para que as ofensas se dêem, se com o consentimento do ofendido, sem que desapareçam. Não há essa margem para que não se componha o ato ilícito *relativo* doloso; se há dolo, o consentimento é inoperante, porque não *é:* não torna deficiente o suporte fático (E. Zitelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiv,* 99, 54); seria erro pensar-se em se assimilar o consentimento fático ao consentimento que entra no suporte fático dos negócios jurídicos. O

consentimento, que torna insuficiente o suporte fático do ato ilícito relativo e, pois, esse não se compõe (=

não se torna apto a entrar no mundo jurídico), é pré-excludente; é fora de propósito toda a discussão sobre assunto, que supõe ter entrado no mundo jurídico o suporte fático, e ele, por definição da exclusão de contrariedade a direito, não entrou. Tampouco é possível dizer-se, como faz A. von Tuhr *(Der Aligemeine Te,* III, 467 s.), que o consentimento do ofendido dá ensejo a direito de intromissão do ofensor (em Eingriffsrecht des Gegners). O jurista alemão confundiu o consentimento pré-excludente da contrariedade a direito e, pois, impossibilitante, previamente, da ilicitude do ato, com o

consentimento *integrativo* de relações jurídicas, como a posse da coisa vendida ou locada. O que se passa *e* apenas no plano fático, — e não no jurídico. Onde quer que o *M./olenti non fit iniuria* seja regra jurídica, essa regra jurídica ésobre não-entrada no mundo jurídico, é regra jurídica pré-excludente. No caso, por exemplo, do consentimento do proprietário para que alguém destrua a coisa, por diversão, ou por implicância, ou por superstição, ou por outro motivo, não há relação contratual em virtude da qual o agente deva respeitar os demais direitos do proprietário. Essa relação contratual, que, aliás, seria *a latere,* foi fantasia de A. von Tuhr *(Der Alígerneine Te,* Iii, 468, nota 83). Não há derrelicção simultânea, nem há relação jurídica negocial: há ato destrutivo, que não entra no mundo jurídico como ato ilícito absoluto, *e* sim como fato jurídico *stricto sensu;* e não entra no mundo jurídico como ato ilícito *absoluto,* porque o consentimento retirou a contrariedade a direito. Podemos tornar mais vivo o exemplo se imaginarmos que o consentinte é locador da casa, onde a sua coisa está, e o ofensor, destrutor da coisa, é locatário. Nenhuma infração do contrato se dá; o ato não entra no mundo jurídico, como ato ilícito relativo: entra como fato, destruição da coisa, tal como aconteceria se a coisa houvesse perecido. Por isso mesmo que tudo ocorre no mundo fático, a nulidade da locação não importa ao que aconteceu com o ato que seria contrário a direito, e não foi, porque o dono da coisa consentiu. Também no caso de *atentado,* se o causador da inovação a fez com o consentimento do outro figurante da relação jurídica processual.

Se bem que não devamos tratar, aqui, da classe a que pertence o que *fica* desses atos, ou circunstâncias, em que a contrariedade a direito foi pré-excluída, convém examinarmos cada uma dessas causas de pré-exclusão da contrariedade a direito como simples causas de pré-exclusão.

1. Legítima Defesa

§ 183. Conceito e limites da legítima defesa

1. *Autodefesa e autotutela.* A primeira delas é a legítima defesa. A legítima defesa pré-exclui: o ato, ao ser praticado, não é contrário a direito; de modo que a legitima defesa, pré-excluindo a contrariedade a direito, tira ao ato o elemento com que teria entrado, *sem ela,* no mundo jurídico, como ato ilícito, ou absoluto ou relativo. Para o

direito romano, legítima defesa e o ato em estado de necessidade fundam-se em razão natural (Gaio: adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere, L. 4, D., *ad legern Aquiliam,* 9, 2).

A autodefesa e a autotutela são distintas: aquele é a mantença do estado presente, contra o ataque, *contrário a direito* (legítima defesa), ou por força física (estado de necessidade); essa, não raro confundida pelos juristas, é a justiça de mão própria, que quase se extinguiu com a passagem da tutela jurídica ao Estado. Na legítima defesa, há, do outro lado, o ato presente, a contrariedade a direito, por parte desse ato; do lado do que se defende, a defesa (ato) indispensável ao afastamento do ataque, ou de parte dele, —indispensabilidade que se há de apreciar objetivamente, ainda que, entre meios igualmente indispensáveis, só se reputa tal o que menos danos cause, ou, pelo menos, o que não seja dos que mais danos causem. O emprego de outro meio, que seja menos danoso, porém que seja deprimente do que se defende, não entra em linha de comparação; *e.g.,* a fuga, o esconderijo, a proteção de outros, o pedido alarmante, escandaloso, ou humilhante de socorro.

Naturalmente, o ataque pelo irresponsável pode ser evitado pela fuga, sem qualquer desprimor para o atacado.

O

Estado, ao defender-se contra ataques contrários a direito, se não se submete ao art. 160, 1, ou, se o ilícito seria penal, de acordo com o art. 21 do Código Penal (“Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”), comete ato ilícito, por seus órgãos (Constituição de 1988, art. 37, §): “As pessoas jurídicas de 6ª

direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O

Estado monopolizou a defesa dos homens e dos seus bens, como monopolizou a tutela jurídica e a justiça. Quem é atacado por outrem

somente se defende a si mesmo *se* não há polícia no momento. Se a polícia interviria imediata e eficientemente, a defesa própria foi contrária a direito. Tal o *princípio do monopólio estatal da ordem.* Porém o Estado mesmo reconhece que esse principio exporia demasiado os indivíduos, se fosse invocável onde a polícia não impediria o ataque ou seus resultados, como a defesa própria o faria. Daí cogitarem a lei penal (Código Penal, art. 23, II, e art. 25: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem") e a cível (Código Civil, art. 160, 1, 1ª parte) da legitima defesa.

A legítima defesa não se confunde com a justiça de mão própria, ou autotutela, porque nessa, há realização do direito objetivo *e* estabelecimento de estado de fato, que corresponda à incidência de regra jurídica, é *aplicação* da lei pelo próprio interessado, ao passo que, naquela, há ataque contra ataque. A legitima defesa é sempre permitida (princípio *da permissão da defesa própria);* a justiça de mão própria, não: em princípio, éproibida, por existir o *princípio* do monopólio *estatal da* justiça.

2. *Natureza da regra jurídica sobre legítima defesa.* A regra jurídica sobre legítima defesa é regra jurídica pré-excludente da contrariedade a direito. Excluida a contrariedade a direito, o suporte fático, que teria bastado à entrada no mundo jurídico (ato ilícito), não basta. Sempre que a reação é necessária para afastar de si, ou de terceiro, o ato *presente* e *contrário a direito,* que seria ato ilícito, há legítima defesa. O ato, que, sem legítima defesa, se produziria, ou que, a despeito dela, necessária para impedi-lo, se produziu (insuficiência fática da legítima defesa), é elemento essencial do conceito. Sem que alguém intente modificar o estado atual, com dano para outrem, não se pode pensar em legítima defesa. A agressão pode dirigir-se contra qualquer direito *de* alguém, inclusive contra a prova de direitos, pretensões, ações ou exceções. Há a agressão à pessoa (à vida, à honra, à liberdade, ao corpo, ao nome), ao patrimônio e aos direitos públicos ou privados em geral, inclusive a posse (art. 502) e os direitos obrigacionais (G. Planck, *Nom mentor,* 1, 4ª ed., 566; sem razão, E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8ª-9ª cd., 434, nota 6). Não é preciso que a agressão se haja efetivado; a agressão ultimada já não basta para que se dê legítima defesa: há de se ter iniciado, ou esboçado, *e* ser atual, isto é, contemporânea ao ato defensivo. O esboço caracteriza-se pelo estar em via de realização, o já ser preciso, para a evitar, que ocorra a intervenção do ofendendo.

Se a atividade do ameaçante foi tal que se pôde ver como *presente* o perigo, cabia a legitima defesa. Bem assim, se nem todos os danos se haveriam evitado, ou se não se haveriam produzido sem possibilidade de se evitar algum deles (há legítima defesa do resto). O pôr a bala na arma, o ir apanhar o revólver, o fugir o gatuno, após o roubo, pelo telhado, sem que possa ser alcançado por outro meio que pelo revólver, ou pelo objeto jogado, podem compor o suficiente para a legítima defesa. O ataque perdura enquanto não cessa toda a possibilidade de se repetir: do outro lado, a agressão há de ser *contrária a direito:* não há legitima defesa contra legítima defesa, mas há legitima defesa contra o que excedeu á legítima defesa. Os atos dos funcionários públicos, inclusive das autoridades judiciárias, podem ser contrários a direito; e, pois, permitir a legitima defesa (E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8ª-9ª ed., 433, nota 4; H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 339). E de suma importância referir-se que basta a objetiva contrariedade a direito, não é preciso que haja o elemento subjetivo (H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 339; E. Goldmann-H. Lilienthal, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 2a ed., 277; E. Zítelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiu fúr die civilistische Praxis, 99,* 8; E von Liszt, *Die Deliktsobliga tionen,* 87; H. Titze, *Die Notstandsrechte,* 82; H. A.

Fischer, *Die Rechtswidrigkeit,* 219). A culpa da agressão não é necessária. A legítima defesa pode ser contra ato do absolutamente incapaz (contra, sem razão, J. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 69, e 1(. Linckelmann *Die Schadenersatzpflicht,* 76). A agressão pelo animal ou vegetal ofensivo é diferente: estão fora do direito como pessoas, a sua ofensa é matéria do art. 160,11 (G. Planck, *Konirnentar,* 1, 4ª cd., 567; E Endemann, *Lehrbuch,* 1, S~-9ª cd., 433, nota 4; E. Hólder, *Aligerneiner Te,* 460; E von Liszt, *Die Deliktsobligationen,* 86; H. Titze, *Die Notstandsrechte,* 82; sem razão: 1(. Cosack, *Lehrbuch,* 1, 6ª cd., 324, nota 2; E Oetker, *Uber Notwehr und Notstand,* 237). Tampouco importa se os meios de que usou o atacado lhe pareciam necessários, se o não eram, ou se ignorava os meios de que dispunha, a mais, o atacante: a situação há de ser examinada objetivamente (G. Planck, *Kommentar,* 1, Q cd., 567; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª cd., 620, nota 11).

3. *Princípio da proporcionalidade do dano ao perigo.* A propósito da proporção entre o perigo e o dano, o Código Penal, art. 20, in *une,* fala, a respeito de estado de necessidade, de sacrifício que, "nas circunstâncias, não era razoável exigir-se"; porém nada diz sobre a legítima defesa e a proporcionalidade. ~Há de entender-se que não a

exige, ou que há de o que se defende pesar os dois interesses? A questão é extremamente delicada. A propósito do estado de necessidade, é de entender-se que o direito civil recebe o princípio da proporcionalidade, que teve no art. 20 do Código Penal expressão tão flácida ("razoável exigir-se"). Quanto à legitima defesa, a analogia com o Código Penal, art. 20, só atinente ao estado de necessidade, é de afastar-se; tanto mais quanto os argumentos, ainda onde há regra jurídica explícita sobre a proporcionalidade, em se tratando de estado de necessidade, têm sido afastados (G. Planck, *Kommentar,* 1, 4ª ed., 567; A. von Tuhr, *Der Aligerneine Te,* III, 586; E. Zitelmann, *Alígemeiner Te,* 39; contra, E. Hólder, *Aligerneiner Te,* 461, 1

Meisner, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 195, L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30t34ª cd., 620, texto e nota 9; sobre a chamada legítima defesa disturbada, *Unfugabwehr,* veja E Oetker, *Uber Notwehr und Notstand,* 294

s.). A questão *de lege ferenda* não deve ser misturada com a questão *de lege lata.*

Se o ato de legítima defesa foi excessivo (o que de modo nenhum se confunde com a desproporcionalidade do dano causado por ele com o dano que causaria ou causou o ofensor), no que ele é excesso torna-se contrário a direito. Todavia, ainda aí, pode o agente alegar e provar que o excesso resultou do terror, do medo, ou de algum distúrbio ocasional, para se livrar da aplicação da lei penal; no terreno do direito civil, basta que tenha havido, na extralimitação, negligência, ou imprudência (cf. J. Meisner, *Das Biirgerliche Gesetzbuch,* 195; O. Warneyer, Kommentar, 1, 385).

Naturalmente, estamos a cogitar do art. 159. A pretensão por excesso de legitima defesa funda-se no ari. 159, cujos pressupostos hão de estar satisfeitos (F. Schollmeyer, *Das Recht der* Notwehr, 24).

A *legítima defesa putativa,* isto é, o erro de fato sobre a existência da situação de legitima defesa (= os elementos préexcludentes do suporte fático do ato ilícito só foram supostos por erro), não é legitima defesa, se houve negligência na apreciação errônea dos fatos (G. Planck, *Kommentar,* 1, 4ª ed., 569; A. von Tuhr, *Der Aligemeine Te,* III, 586, nota 40).

Se o estado de fato não é de algum modo protegido pelo direito, a mudança dele é permitida; não há, no mudar-se-lhe algo, incursão na

esfera jurídica de outro. Se a coisa é *res nullus,* posso destruí-la, ou danificá-

la. Por outro lado, há regras jurídicas que, pré-excluindo a contrariedade a direito, tornam sem proteção algum interesse. Por exemplo, se alguém está a afogar-se, pode A tomar o barco de B para ir salvá-lo: B não pode impedi-lo; se o impede, pratica ato contrário a direito, e a mudança do estado de fato por A não no e.

Se o ato é em legítima defesa, não é contrário a direito; portanto, não dá lugar a indenização (ato ilícito não é); mas continua contrário a direito, fazendo-se ato ilícito, o do ofensor O dano a terceiro, ou a coisa de terceiro (não só à coisa, art. 1.520, parágrafo único), é ressarcivel; porque é contrário a direito, defendendo-se de A, lesar a B: ai, não há defesa. Se, defendendo-se de A, necessita de empregar coisa pertencente a B e lhe causa dano,então há de se tratar a espécie como ato em estado de necessidade (art. 160, 11), e não como de legitima defesa.

O ônus da prova da legitima defesa tem-no aquele que a alega; porque ele causou dano, o ato, que praticou, é, de ordinário, contrário a direito. A não-contrariedade a direito tem de ser alegada e provada.

4. *Atos de autoridade pública e legítima defesa.* Quando o ato do funcionário público ou da autoridade não é contrário a direito a legitima defesa não cabe; porém cabe em se dando excesso (exercício irregular de direito), ou se o ato mesmo é contrário a direito. Procurou A. von Tuhr *(Der Aligemeine Te,* III, 583, nota 19) atenuar esses enunciados, argumentando que, se o oficial de justiça arresta, ou penhora, bem, que está com o devedor, em custódia, sem ser dele, o devedor embargado, ou penhorado, não pode resistir como ato de legítima defesa. Mas, aí, o ato do oficia] de justiça é de constrição não-contrária a direito, devendo a questão ser levantada nos embargos de terceiro, ou do próprio executado, que tenha interesse em ser excluida a coisa alheia. Aliás, os arts. 662 e 663 do Código de Processo Civil prevêem a resistência contrária a direito e as sanções contra o resistente.

A imediatidade da legítima defesa exige ato que se pratique sem demora; por isso mesmo, não se há de exigir ao agredido o conhecimento de circunstâncias, que lhe seria difícil conhecer, ou não

conheceu.

Se o agredido teve a culpa da agressão, nem por isso fica privado de defender-se legitimamente: o ato do agressor pode ser sem culpa, mas contrário a direito; a objetividade do ser contrário a direito é que importa (sem razão, H. A. Fischer, ***Die Rechtswidrigkeit,*** 247). Em todo o caso, é preciso que a agressão mesma seja contrária a direito; se o não é, como se já foi em legítima defesa, ou em exercício regular de direito, legítima defesa não há (E Oetker, *Éilber Notwehr* und *Notstand,* 250).

5. *Se existe direito subjetivo à legítima defesa.* ,~O ato praticado em legítima defesa é ato em exercício de direito subjetivo? Noutros termos: ~Existe direito subjetivo de legítima defesa? Se, reunidos os pressupostos da legítima defesa, se compõe suporte fático de fato jurídico, de cuja eficácia nasce o direito subjetivo, a resposta tem de ser afirmativa (H. Titze, *Die Notstandsrechte,* 1 s. e 32 5.; R. Sohm, *Der Gegenstand,* 84; H. A.

Pischer, *Die Rechtswidrigkeit,* 208 5.; A. von Tuhr, *Der Aligemeine Te,* 584).

1 Kohler *(Lehrbuch,* 1, §

69,1) classificava-o como emanação do direito de personalidade. A corrente negativa teve a P. Oertmann, a J.

Biermann e outros. Não nos parece que tenham descido ao fundo do que se passa. A regra jurídica sobre legítima defesa é norma pré-excludente; por ela, apenas se diz que, havendo x, esse x não permite que o ato seja contrário a direito. Portanto, não entra no mundo jurídico como ato ilícito. Resta saber-se se, havendo x e pré-excluindo-se a contrariedade a direito, o ato entra no mundo jurídico como ato licito. Não entra; mas, se entrasse, qualquer direito, de que se cogitasse, seria efeito da sua entrada. Ora, o que se pretende, com a afirmação de haver direito subjetivo à legitima defesa, é que, após a composição dos elementos da legítima defesa, surja direito, *antes* do exercício dela. O direito nasceria instantaneamente, entre a reunião dos pressupostos e o seu exercício. Tudo isso é fantasia. A legítima defesa não é direito subjetivo. *Tudo* se *passa* no *mundo fático.* De um lado, há o ato, contrário a direito, de A, ato que pode não entrar no mundo jurídico *(e.g.,* se é do louco); do outro, o ato presente de 8, que seria contrário a direito, se o ato de A não ocorresse, ou se fosse indispensável para afastar todo ou parte do ato de A. A legitima defesa

opera fora do mundo jurídico, onde se compõem suportes fáticos, e exatamente um deles, o do ato ilícito, por ela ter ocorrido, não se compôs.

Tentou A. von Tuhr *(Der Aligemeine Te,* III, 584) considerar a legítima defesa direito subjetivo, classificando-o entre os direitos de intromissão *(Eingriffsrechte),* como o estado de necessidade e a justiça de mão própria. Há confusão. Com a legitima defesa, o que vai ser lesado pratica ato (ou sequência de atos) indispensável a que outrem se abstenha de lhe ofender o direito: desse direito irradiam-se pretensão, ação ou exceção de abstenção *(Unterlassungsanspruch, Unterlassungsklage, Unterlassungseinrede),* portanto nenhuma delas nasce *antes* da ameaça da violação do direito; nasce do direito a pretensão, e a ação ou a exceção nasce da pretensão + a ameaça de violação. A legítima defesa não é aquele direito, nem aquela pretensão, nem sequer a ação, ou a exceção; é o fato de evitar, *motu proprio,* que outrem (sujeito passivo individual ou total) viole o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção. A explicação da legítima defesa como faculdade de realizar a pretensão de abstenção põe no mundo da eficácia dos fatos jurídicos o que está fora dele (antes). O ato do ofensor feriria o direito, a pretensão, a ação ou a exceção; *seria* contrário a direito e entraria, como ato ilicito, no mundo jurídico: a legítima defesa é exatamente para que ele não *seja,* ou o *seja* o menos possivel, — não seja no mundo fático; e não para que não entre, é óbvio, no mundo jurídico. O ato do que se defende, sim, tem de satisfazer requisitos para que, embora *seja,* não entre no mundo jurídico.

As considerações que aí ficam assentam que não há *direito* à *legítima defesa.* Tudo se passa, ainda, no mundo fático: o ato ilicito do agressor já se está a inserir no mundo jurídico, ou até certo ponto já se inseriu; o que legitimamente se defende está no mundo fático: defende algum direito, absoluto ou relativo; de personalidade, ou não. Mas defende-o de onde está o agente, no mundo fático. A defesa no mundo jurídico seria outra coisa.

A legitima defesa não é faculdade de realizar por autoridade própria a pretensão de abstenção. Há, certo, direito subjetivo, pretensão, ação ou exceção de abstenção, ligadas a direito, a que o ato ameaçante *pode* ofender; mas a legitima defesa se passa antes da entrada desse ato ofensivo no mundo jurídico, antes de se consumar no próprio mundo fático, — é o lado bom da luta entre dois fatos. A regra jurídica do art.

160, 1, 1ª A parte, ou outra que diga o mesmo, dirige-se aos contendores para os advertir de que o ato que satisfizer os requisitos da legítima defesa não entra no mundo jurídico, como ato ilicito; regra jurídica, portanto, pré-

excludente. A legitima defesa não é o sucedâneo do exercício judicial, ainda preventivo, da pretensão de abstenção, — é o fato da luta, apreciado, por sobre o mundo jurídico e o mundo fático, para se discriminar o que naquele deve entrar, ou não, o que será tido, ou não, como fato jurídico. A regra jurídica sobre legítima defesa é pré-excludente; portanto, incide por fora do mundo jurídico, *antes* da juridicização dos fatos. A pretensão à tutela juridica, preventiva ou cautelar, pertence a outro mundo, que é o do direito. Os meios para ela, que os há em alguns sistemas jurídicos, são o arresto, o seqUestro, o depósito, a penhora pelo próprio credor de mão própria, se não há tempo de ser invocada a justiça pública. Mas, ai, a toda evidência, não se trata de legítima defesa. O que justifica *(de iure condendo)* a legítima defesa não é a falta de proteção judicial, mas a falta de presta intervenção da policia, ou a inadequação da polícia para o evitamento. A tutela jurídica preventiva ou cautelar, dirigida contra violações futuras de direitos, pretensões, ações e exceções, é outra coisa, bem como o são as ações de abstenção e as negatórias.

6. *Incapacidade absoluta e legítima defesa.* A legítima defesa pode ir contra o ato do absolutamente incapaz, ou do que se acha em estado de choque, ou fora de si, porque aquele ato, embora não seja ilicito, e esse ato, ainda quando não no seja, são contrários a direito; e pode ser por parte do absolutamente incapaz (J. lKohler, *Lehrbuch,* 1, § 69,1V; H. Titze, *Die Notstandsrechte,* 87; G. Planck, *Kornmentar,* 1, 44 ed., 568; sem razão, H. A. Fische~ *Die Rechtswidrigkeit,* 215 e 138, que exigia, pelo menos, capacidade limitada). Nem precisa o são mental ter conhecimento do direito que defende, ou das suas circunstâncias. Pode dar-se que a *omissão* da legitima defesa acarrete culpa (art. 159), constituindo ato ilícito absoluto, ou infração de relação entre o que havia de defender e outrem (culpa contratual), constituindo ato ilícito relativo (A. von Tuhr, *Notstand,* 66).

Se o ato é praticado sem ferir direito de outrem, ou sem ameaçá-lo, não cabe legitima defesa, porque não sendo o ato, contra o qual ela iria, contrário a direito, faltaria pressuposto. Se o ato do defendente, ou do atuante em caso de necessidade, não seria contrário a direito, não há pensar-se numa, ou noutra figura. Nem cabe pensar-se em

indenização ao terceiro (cf. H. Kroner, *Verletzung* uon *Rechtsgiitern des Dritten bei der Notwtehr,* 51; H. Baumann, *Notstandsbestimrnungen des BGB.,* 74), salvo pelo ato ilícito.

Em virtude da não-contrariedade a direito, que o art. 160, 1, 1ª parte, estabelece, em regra pré-excludente, o que defende *não pode* ir além dos atos *necessários* a repelir a agressão (inclusive, está claro; porque, se todos os atos necessários não estivessem incluídos, não se teria regra jurídica pré-excludente, e os atos seriam, a despeito da legítima defesa, contrários a direito, *e.g.,* homicídio, dano às coisas alheias, se dirigidos ao agressor). Os atos do que legitimamente se defende, mas alcança a esfera juridica de terceiros, são atos de estado de necessidade, ou atos contrários a direito, se necessários não eram. A intensidade e a extensão da agressão, mais as circunstâncias do caso, é que redelimitam a intensidade e a extensão (mais as circunstâncias de defesa) dos atos com que o agredido há de procurar excluir, no mundo fático, a agressão. O

"deve?" escolher o que cause menos dano ao agressor, se há muitos meios a serem empregados, éapenas conteúdo da necessidade de se adaptar à agressão a defesa; e não se impõe como dever jurídico, porque o dever jurídico é resultante da juridicização de algum fato e só surge onde a escolha do meio mais danoso já constitua contrariedade a direito. O ter de escolher o menos danoso é apenas consequência lógica de existirem muitos atos *bastantes* para a exclusão do ato de outrem, contrário a direito, e a regra jurídica pré-

excludente exigir que se não vá além do *necessário:* entre muitos bastantes, o estritamente necessário é o mínimo necessário, segundo critério quantitativo que somente pode ser, devido mesmo à *brevidade* da defesa (ato contra ato não consumado), o do dano (resultados). Se o ofendido *deve* (em virtude de regra jurídica) fugir, em vez de defender-se, legítima defesa não há, se, em vez de fugir, se defendeu. Se não há dever jurídico de fugir, mas seria o menos danoso para o ofensor e não ofenderia outro direito do agredido ou de outrem (e.g., honra, honra da sua mulher, ou do seu marido), a fuga é meio de escapar, em vez de repelir: elide pela exclusão do alvo. Entende-se que se deve fugir, se é possível, quando o atacante é louco, ou está fora de si; sendo de notar-se, porém, que, a respeito dos que estão fora de si, inclusive os embriagados, as circunstâncias do caso podem excluir o dever de fuga, se *outro* direito entra em causa. Não se pode tratar no mesmo pé de igualdade o louco e o embriagado. Além disso, o cabimento da legítima defesa há de julgar-se de acordo com o que objetivamente se passa (estamos no mundo fático), e não de acordo

com o que o agredido pensou que existisse, ou não existisse. O que, podendo fugir do louco, que ele não sabia ser louco, repeliu a agressão, crendo que a sua honra o exigia, não se defendeu legitimamente. Daí resulta que o seu ato foi contrário a direito: podia evitar a agressão, fugindo. (Se é ilicito criminal, ou ato *punível,* é questão que só se pode discutir no direito penal). Por isso mesmo, o que pensava que o ofensor tinha, à mão, revólver, e, temendo-o, atirou, não se defendeu legitimamente, se o agressor não tinha, à mão, o revólver, e sim o lenço: usou meio de defesa + meio de ofensa (meio de defesa *excessivo);* responde pelo dano. Contra o excesso, pode existir a legítima defesa do outro, como pode existir a legítima defesa contra todo o ato que se cria, erradamente, em legítima defesa. Se, em vez disso, o agredido pensa (ou pensou) que empregara meio excessivo, e não o fora (isto é, o meio que empregou era indispensável à repulsa da agressão), legitimamente se defendeu. Mais ainda: se A vai agredir B, com quem discutira, e B já estava aguardando a saída de A para o ferir, o espancar, ou o matar, e a luta se trava, o direito privado tem de considerar o *início de ato* e a reação a esse, abstraindo de qualquer elemento subjetivo.

7. Legítima defesa própria e legítima defesa alheia. A legítima defesa pode ser *própria* ou *alheia:* o que ofende pode não ser o agredido, e os princípios são os mesmos. O art. 160, 1, 1ª parte, fala, em geral, de legítima defesa; o art. 1.520, parágrafo único, supõe legítima defesa de terceiro *(verbis* "aquele em defesa de quem"). Há relação entre o agredido e o terceiro defensor, que se estabelece com a intromissão desse, e tal relação tem de ser pesquisada. Viu nela, sempre, gestão de negócios A. von Tuhr *(Der Aligemeine Te,* III, 587); mas entre o agredido e o terceiro pode já existir outra relação: *a)* o pai, ou adotante, que defende o filho sob o pátrio poder, não é gestor de negócios, se a defesa, *in casu,* entra no conceito de guarda (arts. 384, 11, in *une,* e 378); *b)* diga-se o mesmo dos tutores e curadores, se o conceito de "defesa" de que usam os arts.

424, II, e 453, inclusive tratando-se de nascituro (art. 462); *c)* a relação pode ser de mandato, e para isso basta que se haja pedido auxilio, inclusive o pedido de socorro a incerta pessoa; *d)* a relação pode ser resultante de dever de defesa comum, como se o terceiro e o agredido são marido e mulher, ou sócios de casa comercial, e o ataque foi de caráter estritamente pessoal, isto é, de causa estranha à comunhão ou à sociedade; *e)* somente se não há *a), b), c)* e *d),* é que se há de pensar em *negotiorum gestio,* e então ou foi de acordo com o

art. 1.331 (ato jurídico *stricto sensu:* segundo o interesse e a vontade presumível do agredido) ou foi ato-fato ilícito (art. 1.332: contra a vontade do agredido). Se à agressão dera *e* podia dar consentimento pré-excludente o agredido, a defesa pelo terceiro é ilegítima: faltaria o elemento de contrariedade a direito, por parte do ato do agressor; tal como se o agressor estivesse a exercer, regularmente, direito seu. Se o agredido recusa, a defesa pelo terceiro é ilegítima: faltaria o elemento de contrariedade a direito, por parte do ato do agressor; tal como se o agressor estivesse a exercer, regularmente, direito seu. Se o agredido recusa a defesa pelo terceiro, podendo, juridicamente, recusá-la, a defesa em *negotiorium gestio* é ilegítima, portanto entra no mundo jurídico como ato ilícito: o defensor terceiro tem de reparar o dano. Assim, há o *princípio da legítima defesa própria ou alheia,* cuja incidência somente se exclui onde a vontade do agredido pode excluir. O dano que o terceiro sofre tem de ser ressarcido, considerando-se reembolso (A. von Tuhr, *Actio de*

im *rem verso,* 33; P. Oedmann, *Recta der Schuldverháltnisse,* 3ª-4ª ed., 795; L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* II,

3ª-4ªed., 531, nota 3), qualquer que seja a relação entre o agredido e o terceiro, só se atendendo aos casos de exposição a risco inindenizável *(e.g.,* arts. 389, 262 e 266, 269 e 274-275).

Se há posse imediata e posse mediata, é óbvio que o possuidor imediato (art. 486) pode exercer a legitima defesa de que se fala no art. 502. Resta saber se a posse pode ser defendida legitimamente por terceiro.

Noutros termos: se o art. 502 é exceção ao art. 160, 1, 1ª parte. A relação entre o possuidor imediato e o possuidor mediato permite a legitima defesa desse por aquele. Só se tem de pensar no terceiro, que não seja servidor da posse (art. 487). Em 1905, E K. Neubecker (Zur Lehre von der Notwehr, *Deutsche Juristen-Zeitung,* 10, 150), ainda com idéias pouco claras sobre o assunto, distinguia a ofensa a direitos que concernem à personalidade, ao direito de personalidade (influência da leitura do livro de J. Kohler, *Das Eigenbild irn Recht,* 6), e a ofensa à posse, de modo que a posse estaria fora (jpor que, então, o direito de propriedade se incluiria?): "A legitima defesa pessoal *(Personennotwehr)* consiste no direito de afastar de si, ou de outrem, agressão presente, contrária a direito. Quem é outrem fica implicito. Ao contrário, pode o possuidor (ou o servidor da posse) rechaçar, com

o desforço, a força própria proibida (§ 858). Pode ele impedir, repelir de si a agressão. aPode-o também o não-possuidor?" Respondia que não, por se tratar de agressão à coisa, como se a ofensa à posse e a ofensa à propriedade fossem, aquela, ofensa à coisa, e, essa, ofensa à pessoa. O pôr a posse fora da esfera do direito poder-se-ia admitir, mas fora da esfera da personalidade, onde estaria, no entanto, a propriedade, é difícil de entender-se. Nem a posse nem a propriedade lá estão. O princípio geral é o de que cada um defende o seu direito, e não pode defender o de outrem, salvo incidência de regra jurídica especial entre o terceiro e o tilular do direito, ou *negotiorum gestio.* De modo que o problema está em se saber se, tratando-se de posse, a gestão de negócios é permitida.

O escrito de Neubecker influiu em A. von Tuhr *(Der Aligerneine Te,* III, 587), lamentavelmente. Se partimos de que a legitima defesa opera por fora do mundo jurídico, lá onde se compõem os suportes fáticos, fácil é ver-se que tanto é contrário a direito "violar direito" quanto "causar prejuízo a outrem" (art. 159). O art. 502

foi extensão da legitima defesa à posse, e não limitação ao art. 160, 1, 1ª parte. Nada há que justifique, nos casos de relação entre o terceiro e o agredido, ou em caso de gestão de negócios, excluir-se a legitima defesa pelo terceiro (legítima defesa alheia), tratando-se de posse.

De ordinário, a agressão contra a qual se permite a legitima defesa dirige-se contra determinada pessoa, física ou jurídica. Às vezes, porém, a agressão é difusa, ou contra a multidão, ou certo círculo social, ou certa zona, ou em ceda direção, constituindo perigo de maior ou menor generalidade (perigo público, perigo geral). A opinião, nesse sentido, está assente (cf. O. Planck, *Kommentar,* 1, Q ed., 568).

Quanto à agressão, tem-se dito que há de ser atividade positiva, suscetível de pôr em perigo a pessoa, ou os seus bens:

ataque por omissão seria inadimplemento de obrigação (O. Planck, *Nommentar,* 1, 4ª ed., 566; L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* ~, 30ª-34ª ed., 618, texto e nota 1). O assunto merece maior atenção. Contratou A com B que todos os dias, das 19 às 20 horas, fecharia ele a comporta, no seu terreno, para que pudesse desligar a força elétrica, e B, que tivera discussão com A, não no faz às 19 horas, pondo em perigo a vida de operários ou bens de A; a atitude

de B é atividade negativa, é omissão por inadimplemento de obrigação, e no entanto seria injusto (= contrário ao art. 160, 1, 1ª parte) recusar a A a legítima defesa. O que se pode dizer é que são menos frequentes os casos de agressão por atividade negativa, — não, que sejam impossíveis.

Discute-se se pode o que se defende ignorar a situação de perigo *e* alguns entendem que se há de ter consciência do fim de autodefesa, quer se trate de legítima defesa, quer de estado de necessidade, quer de justiça de mão própria, o que é baralhar problemas. Quem atua em legítima defesa, vê, ouve, palpa, ou cheira, ou sente o sabor do risco, do perigo; não precisa ter consciência disso, — o reflexo, com que se defende, pode ser instintivo. A regra jurídica do art. 160, 1, 1ª parte, como a do art. 160, II, apanha quaisquer pessoas, capazes ou incapazes. Aquela opinião é errônea; teria o grave inconveniente de deixar fora da proteção legal (as regras jurídicas pré-excludentes protegem) os doentes mentais que, como as pessoas sâs (e os animais), se podem defender (H. Titze, *Die* Notstandsrech *te,* 108; sem razão, E Oetker, *Uber Notwehr und Notstand,* 10).

8. *Lentidão* na *conceituação da legítima defesa.* A demora dos juristas em compreenderem o instituto da legítima defesa foi devida à indistinção, que ainda estava à base dos seus raciocínios, entre o mundo fático e o mundo jurídico. As leis redigiam-se falando do crime e, depois, ou permeadamente, da legitima defesa, como se, tendo entrado no mundo juridico o seu suporte fático, carimbado pela lei, a alegação da legítima defesa apagasse o colorido criminal. Em verdade, porém, as mais velhas leis estavam mais rentes à vida, e não tinham esse vicio: na *Lex Ribua ria,* Tít. 77 *(Mon. Germ.,* V, 213 sã, primeiro se tratou da análise do suporte fático, com elemento de legítima defesa, para se dizer, depois que, não sendo o caso, *homicidii culpabilis indicetur;* na *Lex Atam. Lantfridana,* 93, explicou-se que non *facit violen* tio *qui repellit qula sua contradicit;* na *Lex Visigothorum,* Livro VI, Titulo 4, 6, ainda melhor se disse: “Ne sit reus qui percutere volentem ante percusserit”; no *Edictum Theodorici,* 15 *(Mon. Germ.,* V, 145 sã, estava “defensor propriae salutis videtur in nuílo peccasse”. O matar *cum causa* era a regra, porque a vigilância interna e a dWciplina dos clãs e tribos eram rígidas: mais se matavam os de fora, nas brigas com os dos outros grupos. O que se havia de punir era o *sine causa occidere* (Decretio Childeberti II, de 596, Capítulo 5, *Mon. Germ.,* II, 15), o matar sem causa.

A legítima defesa pré-exclui a criminalidade e a ilicitude.

Passa-se no mundo fático; o suporte fático deixa de entrar, como ato ilícito, no mundo juridico. E exercício da liberdade e defesa. Se alguém desembainha o gládio, ou qualquer outra arma, entrando na casa de outrem, para matar o dono da casa e esse o mata, a morte dele é sem Conseqüências (mors eius nulatenus requiratur, *Lex Visigothorum,* Livro VI, Título 5, 2). A incursão na esfera alheia tornou-se não-contrária a direito, desde que imediata *(Lex Salica,* 39; *Lex Burgundionurn,* Título 2, 2: "dum sequitur"). A contrariedade a direito é do ato contra o qual alguém se defende; a legitima defesa somente pode ter as Conseqüências do *fato,* que ela é (cf. Otto v. Alberti, *Notwehr heute und in den Volksrechten,* 3 s. e 49).

§ 184. Proporção ao perigo e limitação da defesa

1. *Princípio da proporcionalidade e princípio da limitação da defesa.* E preciso que o ato de legítima defesa seja em proporção do perigo. O Código Civil somente se referiu, expressamente, para o *princípio da proporcionalidade,* ao estado de necessidade, e não à legitima defesa (art. 160, parágrafo único: "Neste último caso, o ato será legitimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo"). Situação semelhante teve-se no Código Civil alemão, com o seu § 227, que só se refere à *atualidade* e *contrariedade a direito* da agressão, e o

§ 228, relativo ao estado de necessidade, explícito quanto a ter de não ser fora de relação com o perigo o ato em estado de necessidade (nicht *aussu Verhdltnis zu der Gefahr).* Discutiu-se então, e cabe, também, discutir-se aqui, se o princípio *da proporcionalidade* rege a legítima defesa. Aliás, melhor seria chamá-lo *princípio da limitação da defesa:* a defesa fora dos limites passa a ser contrária a direito, e entra, como ilicito, no mundo do direito. No Código Penal, art. 23, II, diz-se que não há crime quando o agente pratica o ato em legitima defesa; no art. 25, acrescenta-se: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem". Naturalmente, a expressão "culposamente" (art. 21, parágrafo único) está em vez de "por imprudência, negligência ou imperícia", o que põe paralelamente (e coincidentes) o direito penal e o civil, evitando-se a discordância que se revelou noutros sistemas jurídicos.

2. *Determinação objetiva da proporção.* Tanto no direito penal quanto no civil, o indispensável há de ser determinado objetivamente, e não segundo o que pensou o atacado. A legitima defesa não tem de ser proporcional; tem de pesar interesses, tem, principalmente, de não ser desproporcionadamente excessiva, têm de ser levadas em conta as circunstâncias em que podia defender-se o atacado. Não se tem de recorrer à analogia com o art. 160, parágrafo único; tem-se de tirar do próprio art. 160, 1, o princípio de limitação da defesa: o art. 25 do Código Penal mais serve ao intérprete do art. 160, 1, do Código Civil do que o parágrafo único do próprio art. 160. Não se pode exigir do atacado que só se defenda se o seu ato não pode causar, de modo nenhum, mal maior ao atacante do que o do perigo, porque seria exigir-se de mais, porém seria absurdo deixar-se toda a medida à ética (1. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten,* 39; C. Levita. *Das Recht der Notwehr,* 244); tanto mais quanto a moral, revelada por alguns, apenas estabeleceria que, se só o ato mais grave poderia evitar o menos grave, está ele permitido, — razão por que se apontou como moral assassina" (H. Tobler, *Die Grenzgebiete zwischen* Notstand *und Notwehr,* 74 sã. Primeiramente, se houvesse

"direito" de legitima defesa, legítima defesa seria exercício dele e estaria, portanto, adstrito esse à *regularidade* (art. 160,1, 2ª parte). Seria direito irradiado de todo direito que fosse atacável. Ainda que não seja sempre explicita, essa é a opinião dominante. Mas, em verdade, quando defendo o meu direit o contra alguém que o ataca, o que exercito é o meu direito (de personalidade) à liberdade e o valor do interesse do atacado, fente aos meus, é contemplado por mim, como titular de outro direito que aquele que foi atacado, e em relação com aquele que pode ser ferido pela delesa. Há, aí, *coordenação,* e não *subordinação* às regras do exercício dos direitos atacados. A expressão deve-se a Leo Ahsbahs *(Die Grundlinien des Notwehrrechts,* 55: "Die Rechtsverteidigung ist also dem Begriffe der Rechtsausúbung nicht subordiniert, sondem coordiniert"). "A defesa do direito é assim não subordinada, mas coordenada, ao conceito de exercício do direito". Na legitima defesa, não: é ela coordenada ao conceito de exercício do direito não suLordinada a ele.

Não há direito de legitima defesa; porque defender-se, na ordem fática, é como comer, correr, subir, dormir, acordar, levantar-se, vestir-se, usar guarda-chuva, capa de borracha, casaco de pele, refrigerador, bengala, cachimbo, cigarro.

II. Exercício Regular de Direito

§ 185. Conceituação e problema técnico

1. *Exercício regular de* direitos, *colisão de direitos e princípios para solução.* O *exercício regular de direito* (conceito de direito de que também lança mão o legislador no Código Penal, art. 23, III, 2ª parte) passa-se no *mundo* jurídico, já no plano de eficácia dos fatos jurídicos. Nesse plano é que nascem os direitos e os deveres, as pretensões e as obrigações, as ações, a passividade correspondente a elas, e as exceções. Pode dar-se que, a respeito da mesma coisa, existam dois ou mais direitos, pretensões, ações, ou exceções; ou a respeito do mesmo patrimônio, ou de prestação que se exaure (= o devedor só a pode efetuar uma vez), concorram, divergindo, exercicio de dois ou mais direitos. Se é possivel o exercício pleno de todos, ou se não é possível, ou se os exercicios deles não se chocam uns com os outros, porque se enfileiram, hierarquicamente, de jeito a que uns precedam aos outros e nenhum deles fique no mesmo grau que outro, depende da natureza e da extensão dos direitos. Ao choque é que se chama, impropriamente, *colisão de direitos.* Se há colisão de direitos, ou prevalece o *princípio da prevenção,* segundo o qual o que vem depois somente fica com o que resta, ou o *princípio da igual sorte,* segundo o qual todos sofrem com a colisão. A técnica legislativa ora usa um, ora outro principio; e constitui problema particular saber-se, em cada espécie, qual o principio que, *de lege ferenda* e *de lege lata,* incide. Em cada espécie, não em cada caso. Mas é fácil chegar-se a alguma classificação, partindo-se do exame das espécies em que se há de atender ao princípio da prevenção. As leis mesmas, na concepção das categorias jurídicas, graduam-nas. A respeito de direitos reais, no princípio da prevenção entra, como enunciado menos geral, nele contido, o *princípio da prioridade em tempo: * (Prior tempore, potior iure.* Tratando-se de direitos de crédito, o sistema jurídico brasileiro às vezes excetua o *princípio da igual sorte,* no enunciado do principio da *par condicio creditorum,* que é, no direito material, o que vem em primeiro plano. (Aqui, não entramos no estudo dos dois princípios em direito processual, cf. nossos *Comentários ao Código de Processo Civil,* VI, 457-461).

2. *Tese, antítese e síntese.* A propósito de exercício dos direitos, houve o princípio-tese da absolutidade do exercício dos direitos, com o aforismo romano **Qui ivre suo utitur neminem laedit* (ou **Nemo iniuria facit qui iure suo utitur).* O princípio-antítese foi o *sumum ius summa iniuria.* A sintese operou-se pela inclusão do abuso do direito na classe dos atos ilícitos, ou empregando-se regra jurídica de inclusão, por meio de enunciado proibitivo (Código Civil alemão, § 226: "Die Ausúbung eines Rechts ist unzulássig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen zuzufúgen": o

exercício de um direito é proibido se somente

pode ter por fim causar dano a outrem), ou de enunciado pré-excludente da contrariedade a direito, por se ter incluído entre os atos contrários a direito o exercício irregular ou *abuso do direito* (Código Civil brasileiro, art. 160: "Não constituem atos ilícitos: 1. Os praticados no exercício regular de um direito reconhecido"). A regra juridica brasileira impõe-se ao intérprete como regra jurídica pré-excludente: se há dano, o que exercia direito comete ato ilícito, salvo se "regularmente" o exercia, donde o ônus da prova, no direito brasileiro, ir ao culpado do dano, e não ao que sofreu, pois a esse somente incumbe provar o dano e a culpa, apontando a contrariedade a direito. O que alega ter sido o ato praticado no exercício regular do direito é que tem de provar esse exercicio e essa regularidade. E exatamente o contrário do que ocorre no direito alemão: nesse, o que prova ter exercido direito, causando dano (ao lesado prová-lo, como em direito brasileiro), não precisa provar que tal exercicio foi *regular;* ao lesado é que incumbe dar a prova de que o exercício somente poderia ter por fim causar o dano (assim, E. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 602, nota 3, que reconhece ser difícil dar a prova; G. Planck, *Kommentar,* 1, 4ª ed., 564, que se funda no argumento de que, tratando-se de exercício de direito, como autorizado a isso se há de ter o seu titular, mas esquece-lhe que não se há de ter como autorizado a causar dano; Fr. Leonhard, *Die Beweislast,* 335). A regra jurídica pré-excludente do art.

160, 1, 2ª parte, obriga-nos a dar importância especial à noção de *exercício regular;* a regra juridica includente do § 226, a atribuir toda importância ao fato do dano.

3. *No direito das obrigações.* A regra jurídica do art. 159, a que o art. 160, 1, 2ª parte, corta, também é de importância nas relações jurídicas

obrigacionais, posto que mais raro seja o exercício irregular do direito de crédito (E Kleineidam, Zu § 226 EGE., *Deu tsche Juristen-Zeitung,* 10, 147). Não é preciso recorrer-se ao princípio da boa-fé, como faz A. von Tuhr *(Der Alígemeine Te,* III, 568, nota 51): no direito alemão, o § 226, e no direito brasileiro, a regra jurídica do art. 159, a que o art. 160, 1, 2ª parte, corta, *bastam* a fundamentar-se a contrariedade a direito do exercício irregular nas relações jurídicas obrigacionais, por se tratar de regras jurídicas sobre ilícito absoluto. Em todo o caso, convém advertir-se em que o abuso do direito não se torna, por isso, violação negativa ou positiva das obrigações (ilícito relativo). O locatário que parte para outro lugar do país, ou para o estrangeiro, ou compra casa para morar, meses antes de terminar o seu contrato de locação, e deixa de entregar a casa, para que o locador não firme contrato em excelentes condições com pessoa que da casa precisaria imediatamente, exerce o seu direito, mas exerce-o irregularmente, e responde pelo ilícito absoluto (L. W. Hager, .*Schikane und Rechtsmissbrauch,* 130; sem razão, A. von Tuhr, *Der Allgerneine Te,* III, 568, texto e nota 51, invocando o princípio da boa-fé). O devedor que somente dá garantia real a um dos credores conjuntos, com o propósito de lesar os outros, pela insolvência, ou pela demora na execução forçada futura, exerce irregularmente o seu direito (O. Warneyer, ***Komentar,*** 1, 382). Aliás, o art. 159, no que contém, ***ex*** *argumento* do art. 160, 1,

2ª parte, regra jurídica sobre ser contrário a direito o exercício irregular, apanha o direito comercial e o público. Quanto ao direito processual, regem os art. 16 e 17 do Código de Processo Civil (cf. *Comentários,* 1, 126-139 quanto ao art, 3§ e seu parágrafo único do Código de 1939). Aqui, a regra jurídica tinha de ser includente, — por faltar principio geral de contrariedade a direito, no processo, como elemento do ilicito absoluto. O ônus da prova incumbe ao que alega o abuso do direito processual.

No direito civil brasileiro *(aliter,* no alemão), não se precisa indagar do propósito *único* de lesar; basta que lese, com culpa. As circunstâncias podem, objetivamente, compor o caso de exercício irregular. No direito alemão, em vez disso, chegou-se a reputar insuficiente que o propósito de lesar fosse o fim principal (G.

Planck, *Kommentar,* 1, 4ªed., 563; contra, com razão, E. Hôlder, *Alígemeiner Te,* 457; E Endemann, *Lehrbuch,* 1 8ª-9ª ed., 422, nota 10; E. Matthiass, *Lehrbucb,* 1, 6ª-7ª ed., 158). O critério de se ter por

irregular o exercício, se o interesse único seria o de lesar, não basta, em direito brasileiro.

4. Realização do conteúdo do direito. Exercício do direito não é só o fazê-lo eficiente perante outro, mas, igualmente, toda realização fática do conteúdo do direito (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 615; P.

Oertmann, *Alígemeiner Te,* 2ª ed.. 564; sem razão, A.Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recta,* 288, e O. Lenel, *Uber Ursprung und Wirkung der Exceptionen,* 10).

Não importa se extrajudicia!, ou judicialmente (não se confunda com o exercício da tutela jurídica e dos direitos processuais). Pode ocorrer no direito das coisas, fora daqueles casos em que a lei o transformou em direitos do vizinho contra o exercício do direito de propriedade (o exercício irregular nada tem com as limitações legais). A regra jurídica do art. 159, a que o ad, 160,1, 2ª parte, corta, não limita o conteúdo do direito de ninguém, nem o nega: apenas prevê como suporte fático de ilícito absoluto o exercício que seja irregular. Se o exercício é regular, falta a contrariedade a direito, para que se compusesse o suporte fático do ilícito. Se se diz irregular, provado o dano, tem o titular, que o causou, de provar a regularidade. Se não se prova, o juiz tem de condenar o réu, não porque a irregularidade se presuma, e sim porque o dano lá está, e lá está a culpa. A contrariedade a direito compõe-se com o exercício danoso; a prova de regularidade exclui-la-

á. Em todo o caso, não seria justo que se julgasse, de oficio, o exercício irregular (H. Dernburg, *Das Bíirgerliche Recht,* 1, 4ª ed., 755; E. Eck, *Vorträge,* 1, 2ª cd., 216; sem razão, G. Planck, 1, Q ed., 564; P.

Oertmann, *Allgerneiner Te,* 2ª ed., 656; E Endemann, *Lehrbuch,* 1, W-9ª ed., 423, nota 12). Pode-se pleitear preventivamente contra o exercicio irregular (Código de Processo Civil, art. 798), ou cominatoriamente (Código de Processo Civil, ads. 287 e 461). A alegação de exercício irregular, pelo réu, é defesa, ou reconvenção; não exceção de dolo (sem razão, L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 617). A *exceptio doU generalis* é outra categoria jurídica e mais vasta, se cabe.

A inclusão do exercício irregular como ato ilícito absoluto tem como Conseqüências poder o que vai ser lesado defender-se (legítima defesa) e o direito à reparação.

As circunstâncias supervenientes podem tornar irregular exercicio que fora regular; ou vice-versa.

5. *Rejeição da tese da absolutidade.* A interpretação do art. 160, 1, 2ª parte, há de atender a que o direito brasileiro não excluiu, como princípio geral, a contrariedade a direito pelo exercício dos direitos. A atitude do Código Civil é diametralmente oposta ao **Qui iure suo utitur neminem laedit.* O exercício, que lesa, é contrário a direito; é preciso que seja regular, para que a contrariedade a direito se pré-exclua. Não é contrário a direito todo exercício de direito que lese; se o exercício foi regular, não se poderia tirar ao direito o poder ser exercido porque lesaria outro: seria preferir um direito a outro. A irregularidade do exercício éque estabelece a preferência pelo direito lesado.

Por outro lado, o interesse lesado pode ser material, ou moral (art. 76; Código de Processo Civil de 1939, art.

2ª).

III. Estado de Necessidade

§ 186. Conceituação e problema técnico

1. *Conceito de estado de necessidade.* O direito privado e o direito público, principalmente o penal, diante do *estado de necessidade,* têm problemas diferentes de técnica legislativa. Enquanto o direito penal há de determinar, principalmente, quando a invasão da esfera jurídica de outrem não é ato punível devido a haver perigo iminente, o direito privado há de apontar os pressupostos para que essa invasão se permita. Num e noutro ramo do direito, a regra jurídica é pré-excludente, *a)* Diz-se, no direito civil, que não há contrariedade a direito; não havendo contrariedade a direito, o suporte fático que, sem o estado de necessidade, seria suficiente para que o ato entrasse no mundo jurídico como ato ilícito (direito privado), não no é (= fica de fora do mundo jurídico). A assimilação dos estados de necessidade contra animais á legítima defesa, erro em que incidiram C. Levita *(Das Recta der* Notwehr, 186) e A. von Tuhr *(Der Notstand irn Ciuilrecht.* 53s.), foi repelida por K. Janka *(Der straJrecbtliche* Notstand, 33 s.),R.Stammler *(Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstands,* 3 s.), F. von Liszt *(Lehrbuch des deutschen Strafrechts,* 8ª ed., 139), H. Titze (Die *Notstandsrechte,* 17 s. e 82 s) e pela grande corrente dos investigadores cientistas. Aos poucos, foi-se firmando que somente se o animal é meio de alguém se pode pensar em legítima defesa (Wessely, *Die Befugnisse des Notstands,* 55; M. von Buri, Notstand und Notwehr, *Gerichtssaal,* 30; C. Mathieu, *Die Not,* 27; retardatários, P. Moriaud, *Du Délit nécessaire,* 39 s.; H. Tobler, Die *Grenzgebiet,* 137; K. Binding, *Handbuch,* 1, 735). *b)* No direito penal, discute-se se a regra jurídica é pré-excludente da contrariedade a direito, ou da culpa. Quando os atos a que se refere o art. 160, II, ocorrem, o direito penal não os pode punir, porque não são contrários a direito; mas a contrariedade a direito pode existir e não os punir o direito penal.

Estado de necessidade é a situação fática em que, para se evitar perigo, se tem de invadir a esfera jurídica de outrem, uma vez que o perigo não seja atividade de alguém, contrária a direito. Tanto no estado de necessidade quanto na legítima defesa, há "defesa" de interesses próprios, autodefesa. Mas, nessa, contra esses interesses se põe ato contrário a direito; naquele, não: há, contra os interesses, outro interesse; contra direito, outro direito. Não importa se a coisa é perigosa, ou não, para se conceituar o estado de necessidade, posto

que possa ter relevância para o direito do dono à indenização. O ato que se pratica em estado de necessidade não é contrário a direito, nem punível, se bem que possa já não ser punível continuando de ser contrário a direito (plano do direito privado). Então, pode não haver pena e haver reparação do dano, a reparação do dano pelo ato sem culpa, como pode não ter sido contrário a direito (ads. 160, II, e 1.519) e dar causa à reparação. Essas diferenças de níveis ainda embaraçaram, no fim de século passado e começo deste, alguns juristas, que viam no dever de reparar sinal de contrariedade a direito (certos, A. von Tuhr, *Der Alígemeine Te,* III, 599, nota 1; L. Enneccerus, *Lebrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 334).

Em verdade, se o ato, por direito privado ou por direito público, não é contrário a direito, o problema não se põe em direito penal. O direito penal alude a "direito próprio ou alheio", o que remete ao ramo de direito em que o direito próprio ou alheio nasce. A contrariedade a direito, por parte do agente, é excluída, conceptualmente, porque está em causa direito dele; contudo, há ferimento de direito de outrem, que foi posto em colisão com o seu, no plano dos interesses. O Código Civil pré-exclui a contrariedade a direito, se o agente sacrifica a coisa de outrem para salvar o que é seu. Até onde o Código Civil retira a contrariedade a direito, o Código Penal não faz punível o ato; mas a lei penal não o tem de fazer punível em toda a extensão da contrariedade a direito. Estado de necessidade não-punível estado .*g* estado de necessidade não-contrário a direito; nunca, estado de necessidade não-punível) estado de necessidade não-contrário a direito (privado ou público). Não está, portanto, no elemento não-contrariedade a direito o fundamento da não-punibilidade, está na exclusão da culpa. Tal explicação evita o erro de E Oetker *(Uber Notwehr* und Notstand, 79 s.; *Vergleichende Darstellung,* II, 346 s.) que excluia dos atos ilícitos todos os atos em estado de necessidade não-puníveis, como se não-punível = não-contrário a direito. O não-punível é apenas o não-contrário a direito *penal.*

No Código Penal, que pôs o estado de necessidade (art. 23, 1) antes da legítima defesa (art. 23, II), do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de direito (art. 19, III), enuncia-se que não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade. E acrescenta-se no art. 24: "Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se".

Logo após, o § 1ª diz que "não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo" e o art. 24, § 2ª acrescenta que, "embora reconheça que era razoável exigir-se o sacrificio do direito ameaçado, o juiz pode reduzir a pena, de um a dois terços". O Código Civil estatuiu (art. 160):

"Não constituem atos ilícitos: II. A deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1.519 e 1.520)". Os ads. 1.519 e 1.520 cogitaram da reparação, a despeito da não-contrariedade a direito, portanto a despeito da licitude (= pelo ato-fato juridico, e não pelo ato ilícito).

2. *Ato em estado de necessidade.* Ato em estado de necessidade é a atividade necessária ao evitamento de dano que não procede de ato de outrem contrário a direito. A regra jurídica do art. 160, II, pré-exclui a ilicitude de tal atividade, que, sem a regra jurídica pré-excludente, seria contrária a direito e, pois, ato ilícito.

São seus elementos necessários: *a)* Perigo atual, *praesens,* que ameace bem jurídico, e esse pode ser a pessoa (direitos de personalidade e outros, ligados à pessoa), ou não, e não se exige que se trate do agente, — pode a atividade dirigir-se ao salvamento da pessoa ou bem jurídico de outrem, e não importa a fonte do perigo, pois, tratando-se de invasão da esfera jurídica de terceiro (e não do atacante, nem de influência sobre coisas por ele empregadas para agredir), a regra que incide é a do art. 160, II (estado de necessidade), e não a do art.

160, 1, 1ª parte (legítima defesa). *b)* O perigo há de ser tal que se precise da influência sobre o alheio para se evitar. Havendo pluralidade de meios, há de ser empregado o que menos danos cause. *c)* O dano provável, que se teme, há de ser desproporcional com relação ao dano causado à esfera jurídica alheia. A vida é bem desproporcional em relação a qualquer outro (= todos os bens materiais são de menor valor). A apreciação dos valores entre lesões corporais e danos materiais tem de partir do principio de que são elas desproporcionais, *exceto* se seria sem grande importância, necessariamente, a lesão corporal e alto o valor da coisa. O princípio da desproporcionalidade atenua-se quando o perigo está na coisa mesma, porque então há a responsabilidade do dono dela (animal, art. 1.527; edifício ou construção, art. 1.528; coisas que caem ou são lançadas, art. 1.529). A atividade contra o animal, que ataca, é em estado de necessidade (E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8ª-9ª ed., 433, nota

4; E. Hôlder, *Aligemeiner Te,* 460; sem razão, 1□. Cosack, *Lehrbuch,* ~, 6ª

ed., 324; R. Frank, *StraJgesetzbuch,* 5~ ed., 117), salvo se açulado, ou por outro modo usado como arma. O

perigo imediato pode ser terceira coisa, de que então provenha o perigo à esfera jurídica a que se liga o estado de necessidade; *e.g.,* o incêndio da casa A, destruição da casa E, para salvar C (A. Hueck, Notstand gegentiber einer mitgefährdeten Sache, *Jherings Jahrbücher,* 68, 205-232). Na L. 7, § 4, D., *quod vi aut dom,* 43, 24, Ulpiano dá-nos conta das dúvidas de Celso e de Gaio sobre a destruição da casa do vizinho para salvar do incêndio a sua, e a solução de Sérvio, que opinava pela verificação de se teria o incêndio vindo até *aí* (si *peruenisset, absolvi eum oportere):* não se haveria, nem se há de considerar que causou injúria ou dano se havia de perecer a coisa *(quoniam nuliam iniuriarn aut damnum dare videtur aequi peritu ris cedibus)*.

Não importa se a casa intercalar está segura ou não.

Se o estado de necessidade foi posterior à destruição, deterioração, tomada do uso, ou posse, não se pode pensar em invocação do art. 160, II.

Se o perigo é reciproco, causado por dois animais, que os donos deixaram brigar, não há pensar-se em estado de necessidade; se algum dos donos é ferido, o outro responde segundo o art. 159. Não há pensar-se em responsabilidade do autor do dano segundo o art. 1.520, porque a vítima também é culpada (cf.

Dannenbaum, *Notrecht* de lege ferenda, 59). Idem, em caso de duelo, porque o fundamento de não haver a pretensão à reparação não está no haverem ambos assentido, mas sim em que ambos são culpados (sem razão, O. Alberti, *Das Notwehrrecht,* 38 s.). Aliás, se há luta de animais, sem que se dê o uso do animal, pelo que o atiça, para o ataque à pessoa, não há ilicitude.

3. *Periculosidade e estado de necessidade.* O Código Civil não distinguiu o estado de necessidade por ser perigosa a própria coisa e o estado de necessidade, se ela, em si mesma, não no é(diferente, o direito civil alemão, §§ 228 e 904), chamado “estado de necessidade a respeito de

coisa neutra". Não há exprobrar-lhe a indistinção: não há algo de especial no suporte fático da pré-exclusão; a particularidade está em que o lesado, aí, é o dono da coisa e a responsabilidade, sem contrariedade a direito, tem de ser diferente (art. 1.519, *verbis*

"Se o dono da coisa... não for culpado do perigo"). Na Alemanha, a distinção foi, *de lege ferenda,* combatida (cf. H. Titze, *Die Notstandsrechte,* 105 5.; R. Merkel.

Die Kollision rechtsmàssiger Interessen, 91).

A atividade em estado de necessidade é permitida; e o ato contra essa atividade, pois que ela está ligada a direito do agente, seria contrário a direito: portanto, o dono da coisa não pode opor-lhe obstáculos, nem se supor em legítima defesa (seria preciso que a atividade fosse contrária a direito e, ***ex*** *hypothesi,* não no é). Se se opõe, o seu ato é contrário a direito e, pois, ilícito (art. 159). Entra no art. 160, II, a deterioração ou destruição da coisa que pertence ao agente, se sobre ela recaem direitos reais de terceiro, posse mediata, ou imediata, ou constrição (arresto, penhora etc).

4. Indenização sem ilicitude do ato danificante. O que pratica o ato em estado de necessidade tem de

indenizar o dano que cause, não porque o seu ato seja ato ilícito (art. 159), — não no é (art. 160,11), pois que se lhe pré-excluiu a própria contrariedade a direito. Há colisão de interesses, a que o legislador teve de dar solução; e aprouve-lhe meter tais atos no rol dos atos-fatos. Esse o ponto cientificamente mais importante. O

dever de indenizar cabe ao agente, e só a ele, ainda que outrem tivesse salvo os seus interesses em virtude do ato em estado de necessidade. No art. 1.519, diz-se que, se "o dono da coisa" (ou o titular do direito sobre ela, entenda-se, cf. L. Enneccerus, *Lehrbuch,* ∼**,** 30ª-34ª ed., 624: "Dass von der Einwirkung auf eigene Sachen, an denen Rechte Dritter bestehen, das gleiche gilt, ist sellstverstãndlich"), no caso do art. 160, nº II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á o direito à indenização do prejuízo que sofreu". E no art. 1.520: "Se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este ficará com ação regressiva, no caso do art. 160, II, o autor do dano, para haver a importância que tiver ressarcido ao dono da coisa". Tal ação regressiva não é a que se funda na relação entre o agente e o que sofreria o dano, se a coisa não foi danificada. Essa, de que o legislador não cogitou, se funda *a)* em relação de que provenha dever de atividade em estado de necessidade,

b) em mandato, ou *c)* na gestão de negócios. O que, fora das espécies *a)* e *b),* atua por outrem, é gestor de negócios (art. 1.331). No caso de coisa perigosa, o agente em estado de necessidade somente tem de indenizar se a culpa foi sua, *e.g.,* açulou o cão, ligou a eletricidade com culpa: aí, à atividade não se pré-

excluiu a contrariedade a direito.

Se algum dos pressupostos do estado de necessidade não ocorreu, posto que o agente tenha crido na sua ocorrência *(estado de necessidade putativo),* cabe a indenização pela negligência (art. 159), ou, por *argumentum a fortiori,* segundo o art. 1.519.

Tal solução foi aquela a que, com razão, chegou A. Hueck (Notstand gegentiber einer mitgefährdeten Sache, *iherings Jahrbàcher,* 68, 229 s.). Diferente seria entender-se que não indenizaria com fundamento a *fortiori* no art. 1.519, isto é, só indenizaria por *culpa* (art. 159).

5. *Distinção entre legítima defesa e estado de necessidade.* A defesa contra coisas perigosas participa de elemento da legítima defesa, sem ser legitima defesa. O elemento único é o de direção da atividade para evitar o dano, — na legitima defesa e na atividade contra coisas perigosas, inclusive animais, o que se resguarda, ou ataca, dirige-se contra a fonte da agressão; mas ali é o agressor que atua contra direito, aqui o seu ato é abaixo do plano juridico, é fato puro. Erro grave de A. von Tuhr *(Der Alígemeine Te,* III, 588) foi reeditar, no século XX, que a reação contra a coisa perigosa mais se assemelha à legítima defesa. O

argumento de que o ato, pelo qual o agente reage contra o animal, ou contra o inanimado perigoso, não engendra a responsabilidade pelo dano, é sem peso: seria reparar o dano a quem tem culpa, — o dono do animal ou da coisa perigosa.

Discute-se se a defesa contra as coisas perigosas é exercicio de direito subjetivo. Os argumentos contra essa afirmação são os mesmos que se levantaram a propósito da legítima defesa. O ato do que se defende contra o animal, ou contra a coisa perigosa. *seria* contrário a direito, se produzisse dano; em virtude do princípio da regra jurídica pré-excludente, que não precisa estar escrita, deixa de ser contrário a direito. Deixar de ser contrário a direito não é de modo nenhum ser exercício de direito subjetivo. Para que tal ato fosse exercício de direito subjetivo, seria preciso que o fato da agressão pelo animal

perigoso, ou o alcance pela coisa perigosa, entrasse no mundo jurídico como fato jurídico de que decorresse a eficácia jurídica, consistente na irradiação de direito subjetivo a favor do ameaçado. Ora, imaginá-lo seria construir sem alicerces. Se alguém excitou o animal, ou fez rolar a pedra, ou semeou planta daninha, já é diferente: ai, o animal, a pedra, as folhas ou flores venenosas das plantas são apenas arma, instrumento, do agressor, pessoa; e a figura da legítima defesa impõe-se. Se quem excitou o animal, ou fez rolar a pedra, ou semeou a planta venenosa, foi quem depois se teve de defender, não há legítima defesa, porque seria legítima defesa contra si mesmo; há estado de necessidade e tem o agente de reparar o dano que a sua atividade produza. 9 seu ato será *ilícito,* ou, ainda assim, em estado de necessidade? Pela primeira solução,por influência de J. Kohler *(Lehrbuch,* 1, § 70, III), A. von Tuhr *(Der Alígemeiner Te,* III, 589), E von Liszt *(Die Deiiktsoblig tionen,* 94), H. A. Fischer *(Die Rechtswidrigkeit,* 253); pela segunda, C. Planck *(Komrnentar,* 1, 4ª ed., 572; ci. Meisner, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 197; P. Oertmann, *Allgemeiner Te,* 667). O dever de reparação funda-se no art.

1.519.

6. *Limitação da propriedade e outros direitos patrimoniais pela regra jurídica do art. 160, II.* O art. 160, 11, contém *limitação da propriedade,* que atinge a própria coisa. Tal limitação concerne, também, à posse e a qualquer direito sobre a coisa ou à coisa (E K. Neubecker, Haftung for Wod und Werk, *Festgabe fúr* Otto Gierke, 111, 337), portanto não se trata apenas de destruição ou deterioração da coisa; e tem o direito à indenização o possuidor ou o titular do direito, *ad instar* do dono (K. Maenner, *Das Sachenrecht,* 160). O art.

160,11, é, por conseguinte, exceção ao art. 524. Daí não limitar o direito de personalidade, nem os direitos à vida, à liberdade, à integridade física e psíquica, à honra, à verdade, ao nome, nem o direito autoral de personalidade etc. Quanto aos direitos sobre bens imateriais, excluiam-nos G. Planck *(Kommentar,* III, 4ª ed., 266) e 1(. Maenner *(Das Sachenrecht,* 159); não assim, ci. Kohler *(Lehrbuch,* 1, 227) e ci. Biermann *(.Sachenrecht,* 3ª ed., 147). O simples exemplo convence de que a última opinião é a certa: ausente o descobridor de uma bomba, cujos segredos estão em sua mesa, ou cofre fechado, percebe-se que o relógio ligado a ela está a marcar tempo para a explosão, sendo segredo a ligação. O dono da fábrica, ou outrem, pode violar os segredos, sem contrariedade a direito. Quanto à entrada no

domicílio, — seria, como incursão na esfera juridica de outrem, com violação de liberdade especializada (nosso *Democracia, Liberdade, Igualdade,* 412 s., 363 e 383), — inextensível o art. 160, II, se não houvesse nas Constituições a regra jurídica de pré-exclusão (= não contrariedade a direito), como o art. 5~, Xl, da Constituição de 1988: "A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial." O

problema não fora posto, como deveria ter sido, pelos juristas favoráveis àinclusão (H. Dernburg, E.

Kretzschmar e G. Planck, *Kommentar,* III, V ed., 266) e desfavoráveis a ela (J. Meisner, Das *Búrgerliche Gesetzbuch,* III, 77; K. Maenner, *Das Sachenrecht,* 160). O art. 160, íí, é invocável a propósito de aviões, trens, ônibus e demais meios de transporte.

7. *Pressuposto da iminência do perigo.* O perigo tem de ser iminente. Não é preciso, contudo, que seja imediato: a iminência do perigo é relativa à inevitabilidade, isto é, à probabilidade de ocorrer o dano sem poder ser afastada, *durante o tempo que* se *segue,* por outro meio, ou sem sacrificio da coisa de outrem. Não importa quem foi o culpado: pode ter sido o próprio agente em estado de necessidade; ou outrem. Tampouco é de exigir-se que o agente tenha dever de atuar; nem, sequer, dever moral (G. Planck, *Kommentar,* III, 267; O. Warnever, *Kommentar,* II, 104).

A explicação da permissão de atuar em estado de necessidade como exercício de direito subjetivo (A. von Tuhr. *Der Allgemeine Te,* III, 601, texto e nota 27), ainda quando se trate de coisas perigosas (III, 584 e 588; H. Titze, Die *Notstandsrecht,* 1 s. e 99; H. A. Fischer, Die *Rechtswidrigkeit,* 235), é inadmissível. O que está na situação prevista no art. 160, II, como o que se acha em situação de legitima defesa, pratica o ato como pode beber, comer, dormir, *como ato da vida,* ato do mundo fático. Não está a exercer direito subjetivo. O

seu ato *não* vai entrar no mundo jurídico como ato ilícito; e é tudo. Se algum dever de reparação lhe vem a caber, o seu ato entrou no mundo jurídico como ato-fato jurídico, o que é outra coisa.

Se o dono da coisa destruída, ou danificada, ignorava, ou conhecia o

estado de necessidade, não importa, para que o atualmente em estado de necessidade invoque o art. 160, II. Se o dono teve culpa no não evitá-lo, não somente lhe falta direito à indenização segundo o art. 1.519, como também há de responder por perdas e danos ao agente em estado de necessidade, como a outrem que tenha sido lesado (conforme o art. 159). Há, ainda, a responsabilidade dos arts. 1.527 a 1.529.

8. *Legítima defesa contra ato em estado de necessidade.* Não há legitima defesa contra o ato em estado de necessidade; mas pode haver contra o excesso, ou o ato em estado de necessidade putativo. *Se* o dono da coisa se opõe, atua contra direito: ou o que vai remover o perigo exerce a força, que não é, então, proibida; ou argúi, depois, a resistência do dono da coisa como ato ilícito.

A obrigação de reparar que resulta do art. 1.519 de modo nenhum supõe ilicitude, nem, sequer, contrariedade a direito, por parte do que tem o dever de reparar; nem se funda na culpa do agente. O seu ato foi ato-fato, pois ao suporte fático que seria suficiente para o ato ser ilícito o art. 160, li, retirou o elemento contrariedade a direito, sem o qual nenhuma ilicitude se concebe. Por isso mesmo, a afirmação de ser exercicio de direito subjetivo se chocaria com a de entrada do ato no mundo jurídico dando ensejo à indenização. O dever de reparar, por parte de quem causa dano a outrem, ou *a)* resulta de ato ilícito, ou *b),* se há estado de necessidade, de negócio juridico entre o agente e o lesado, ou *c)* de *negotiorum gestio,* ou *d)* do art. 160, 1 e II: a última solução é tão jurídica quanto a segunda e a terceira. Essa observação, aliás, já a fizera, em 1888, A. von Tuhr *(Der Notsand im Ciuilrecht,* 135). A indenização, na espécie do art. 1.519.

éentre as soluções *a), b), c)* e a indenização por desapropriação, o que R. Merkel *(Die Kollision rechtsmässiger Interessen,* 147)

notara.

9. *Sujeito passivo quanto* à *reparação.* O dever de reparar incumbe ao que pratica o ato em estado de necessidade, salvo se obedecia a instruções daquele a que o fato perigoso lesaria, isto é, se o fez como órgão desse, ou representante perante o que tem direito à reparação. A simples relação entre o agente e o que lucra com a salvação não basta a transferir a esse, ou fazer nascer nele, o dever de indenizar; o mandatário e o gestor de negócios somente teriam a ação de regresso.

O

suicida tem de pagar os gastos e danos da sua salvação. Não cabe dizer-se que não consentiu; o seu não-consentimento,ou a sua vontade contrária é inoperante, por ser, ela mesma, contrária a direito (E. Zitelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiu,* 99, 113).

Os absolutamente incapazes podem praticar atos-fatos; o louco e o menor de dezesseis anos, posto que não sejam responsáveis por seus atos que seriam ilícitos, por contrários a direito, respondem por seus atos em estado de necessidade. Também respondem como terceiro salvo, ou a que algo foi salvo, ainda se o agente em estado de necessidade foi o dono, possuidor, ou o que tinha consigo a coisa lesada, ou terceiro. Daí resulta que, se o absolutamente incapaz excede o que seria necessário ao salvamento seu, ou de coisa sua, ou de pessoa de outrem, ou de coisa de outrem, ou se cria em estado de necessidade, que não existia (estado de necessidade putativo), não responde pelos danos que do excesso, ou do erro provieram, porque o seu ato seria contrário a direito, porém não poderia entrar no mundo juridico como ato ilícito, por falta de agente delitualmente capaz.

A responsabilidade dos arts. 160, II e 1.519 não abrange todos os danos que alguém cause *estando em situação de perigo,* mas apenas aqueles que, por ato de deliberação, para evitar o perigo, causou; assim, se A, ao sentir que o avião ia cair, se lança em pára-quedas e tomba no telhado de uma casa, não caiu no telhado da casa para se salvar, mas, se foi obrigado a aterrar e causou danos onde aterrou, o art. 160, II, incide. Não se, no aterrar, o avião andou mais do que o aviador previu, *por culpa,* e perfurou o mostruário de cristal da loja de jóias ou destruiu algum objeto (art. 159). O mesmo raciocínio cabe quanto a outros veículos.

funda no ilicito (em nenhuma das espécies, foi, sequer, contrário a direito), nem em exercicio de direito (sem razão, A. von Tuhr, *Der Aligemeine Te,* III, 603). O que pratica o ato em estado de necessidade é como quem respira, ou anda, ou se senta, ou se deita: encontra ausência de regramento, *anomia;* pois a regra jurídica pré-

excludente retirou a contrariedade a direito em que importariam esses atos em estado de necessidade.

Intrometer-se, aí, a idéia de direito não só seria supérfluo, como errado; em teoria geral do direito, erro ressaltante. (Se há *dever* de praticar tais atos, isso nada tem com os ads. 160, II, 1.519 e 1.520;

derivaria de *outra* relação jurídica.) O dever de reparar é, portanto, eficácia de *ato-fato jurídico,* e não de ato ilícito, absoluto ou relativo. Não há, sequer, contrariedade a direito; o art. 160, II, pré-excluiu-a. Há algo de parecido na desapropriação por utilidade pública: o ato de desapropriar, se concorrem os pressupostos para a desapropriação, não é ato ilícito, porque, satisfeita a lei, se pré-exclui a contrariedade a direito (R. Merkel, *Die Kollision rechtsmãssiger Interessen,* 147). A obrigação de reparar o dano incumbe ao agente, pois foi ele que o causou. Não importa se o fez para salvar coisa sua, ou a si mesmo, ou se para salvar a outrem, ou a coisa de outrem.

2. Ato-fato jurídico e legitimação passiva para a reparação. O ato do que atuou em estado de necessidade é ato-fato jurídico, portanto não foi contrário a direito; se teve de reparar, por ter sido sem culpa do dono da coisa o dano, houve desembolso, que corre por sua conta, uma vez que inverTe tal soma para salvar o que é seu, ou a si mesmo, ou corre por conta daquele a favor de quem atuou, inclusive se só se pode pensar em gestão de negócios, ou do responsável pelo perigo.

§ 187. Dever de reparação do dano

1. *Estado de necessidade e reparação* . O dever de reparar o dano, no caso de ato em estado de necessidade, que tem o agente, conforme os arts. 1.519 (art. 160, II) e 1.520, não se 3. *Ação regressiva; fatos jurídicos de que deriva.* O correr por conta daquele a favor de quem se atuou em estado de necessidade significa que o agente responsável pelo dano tem, para se reembolsar, a ação regressiva a que alude o art. 1.519, parágrafo único: “A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se danificou a coisa (art. 160, 1)”.

A responsabilidade daquele em favor de quem se danificou a coisa, quer em legitima defesa daquele, quer em ato em estado de necessidade, praticado a favor daquele, é pela gestão de negócios iniciada pelo atuante (ato juridico *stricto sensu),* ou por outra relação entre eles, *mais* o ato-fato do atuante. Não se trata de responsabilidade por culpa (art. 159).

4. Responsabilidade por culpa. O correr por conta do culpado significa que o dano causado pelo agente em estado de necessidade à coisa de terceiro há de ser ressarcido pelo agente, com ação regressiva contra o culpado. Aquele responde pelo-ato fato juridico, em que importa o ato em estado de necessidade; esse, em virtude do ato ilícito, de ordinário ato ilicito absoluto (art. 159), raramente ato ilícito relativo.

A responsabilidade do culpado pelo dano à coisa do atuante em estado de necessidade é pelo ato ilícito absoluto, salvo se só importa violação de relação jurídica existente entre o culpado e o atuante. O dano sofrido pelo culpado do estado de necessidade éirressarcivel.

Se foi o que se defende, ou que atua em estado de necessidade, que criou o perigo, responde pelos danos. Se foi terceiro que criou a situação de perigo, há responsabilidade do *tertius* (H. Gross, *Die Verschuldung des Notstands,* 25 s.).

5. *Absolutamente incapazes e reparação.* Os absolutamente incapazes, irresponsáveis pelo ato ilícito, são-no pelos atos-fatos jurídicos: a ação do art. 1.519 vai contra eles, bem assim a regressiva, sempre que o atuante, salvando interesses deles, danificou bem de terceiro. Assim, o menor de dezesseis anos que adoeceu e teve de ficar na casa alugada por mais tempo do que o do prazo contratual, não somente tem de pagar aluguéis; pode bem ser que haja outros prejuizos, regulados pelo art. 1.519.Mais: se o atuante era o dono da coisa, ou se foi ele o que sofreu o dano, o absolutamente incapaz, a favor de quem se atuou, responde segundo o art.

1.520, parágrafo único.

Se, porém, estado de necessidade não existia, a putatividade, por parte do absolutamente incapaz atuante, não pré-exclui a contrariedade a direito, e o seu ato não é ilícito, nem determina a responsabilidade do art. 1.519, por se tratar de ato ilícito e ser o absolutamente incapaz para atos ilicitos (incapacidade delitual). Se o estado de necessidade não existia (putatividade) e o atuante não foi o absolutamente incapaz, nenhuma responsabilidade tem ele pelo ato do que acreditou no estado de necessidade, pois foi ato ilícito o do atuante.

IV.Intromissão estatal ou não-estatal na esfera jurídica alheia

§ 188. Esfera jurídica alheia e intromissão

1. *Limites* dos *direitos.* Todos os direitos têm seus limites. Não importa se absolutos ou se relativos os direitos. Não há direitos *ilimitados.* O dono da coisa pode destruí-la, no todo ou em parte, porém não pode destruir a tela ou móvel que foi reputado indispensável à história do pais. O dono do terreno pode cavá-lo pelas linhas verticais dos seus limites, mas somente até onde não cause dano aos vizinhos com a irrupção de águas ou desabambento de paredes. O próprio direito à vida não pode ir até onde a sua autotutela implique sacrifício de outras vidas: se E vai matar A, não pode E, para o evitar, fazer ruir a ponte que os separa, ou jogar bomba no trem em que A vem. Os limites podem ser ***por*** *expansibilidade* (limites de expansão) e *por compressibilidade,* ou *anfractuosidade* ou *trespassamento* (limites de compressão): *a)* se o dono do prédio E pode cortar os ramos das árvores do prédio A, que passam por sobre o muro, o direito de propriedade de A não pode se *expandir* até lá; 14 se, a despeito da liberdade espacializada, que é a inviolabilidade do domicilio, pode *qualquer pessoa,* de noite, penetrar na casa, sem consentimento do morador, em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro (Constituição de 1988, art. 59, Xl, 2ª

parte), é que há permeabilidade, confractuosidade, limites de compressão. Todavia, a respeito da inviolabilidade do domicílio, como de outros direitos, a Constituição não foi, por vezes, delimitadora: deixou tal função às leis ordinárias. De dia, pode-se entrar no domicílio "por determinação judicial" (art. 5º, Xl, 2ª

parte, in *une).* A liberdade de cultos é assegurada e "garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias" (art. 59, VI). A liberdade de trabalho, oficio ou profissão é limitada, em seu exercício, pela lei reguladora da aptidão ("qualificações profissionais", art. 59, XIII). A respeito dos bens patrimoniais (materiais ou não), é de entender-se que a Constituição permita que a lei lhes trace limites de expansão e de compressão, ainda quando não tenha sido explicita no atribuir à lei o traçamento deles. E o que ocorre com o art. 5º, XXII, relativo à garantia constitucional da propriedade. Aí é que surgem problemas sutis quanto à extensão da competência legislativa ordinaria.

2. *Intervenção sem violação.* Das considerações que acima fizemos resulta: *a)* que a intervenção estatal na esfera jurídica das pessoas, físicas ou jurídicas, não significa sempre violação dessa esfera; *b)* se a intervenção estatal é inconstitucional, ou ilegal, violação há, e o ato interventivo é ilegítimo (ato ilícito), quer ultrapasse limites de expansão quer ultrapasse limites de compressão, ou anfractuosidade ou permeabilidade; c) se a intervenção é de acordo com a Constituição e as leis, trata-se exatamente do que aqui nos interessa, —

a intervenção estatal na esfera jurídica alheia, abstraindo-se da vontade, ainda presumida, do titular. Essa intervenção pode ser não-estatal, tal como acontece a respeito da entrada à noite, na casa alheia, para acudir a vítimas de crimes ou de desastres. Os princípios não são os mesmos para a entrada pelos empregados da saúde pública e pelos empregados das companhias de luz, força e gás, telefones, rádios e televisão. Ali, o interesse é público; aqui, particular.

§ 189. (a) Intromissões permitidas por direito público na esfera jurídica alheia

1. *Intromissões e pré-exclusão da contrariedade a direito.* A contrariedade a direito também se pré-exclui se há regra jurídica que permita a alguém praticar, respeito a bens de outrem, ato que, sem essa regra jurídica, seria contrário a direito, inclusive se se trata de *agente de direito público* ou de *agregação* ou contribuição compulsória, ainda que não seja ao Estado ou a entidade paraestatal; *e.g.,* a vacina obrigatória, as medidas de saúde pública, no tocante a pessoas e coisas, expurgos, habite-se, regras sobre construção, penetração em domicílio para verificação de doenças, crimes ou para limpeza etc.

2. Limitação *legal da esfera jurídica e intromissão legal.* É preciso não se confundirem a intromissão *legal* na esfera alheia, por direito público, e a limitação da esfera jurídica alheia por direito público. A entrada na casa para expurgos, por parte de funcionários da saúde pública, é intromissão legal; a vacina obrigatória também o é. Não no é a proibição de corte de árvores, em florestas de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente (Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, dito Código Florestal, art. 26, *14)*.

3. *Exemplos de intromissões legais.* São intromissões legais, e não limitações: a entrada de bombeiros; a passagem de linhas telefônicas, telegráficas e de luz ao lado das casas, ou à frente delas, ou atrás delas, nunca por sobre elas, se não há ruas ou estradas abertas ou planejadas; o emplacamento das ruas, nos muros e cercas; a numeração das casas e terrenos (Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht,* II, 3ª ed., 129); as

"licenças" para continuação de comércio; as apresentações de cães a exames; as quarentenas.

§ 190. (b) Intromissões em virtude de direito privado

1. *Atos de direito privado intromissivos.* Regras de direito privado podem permitir intromissões na esfera jurídica alheia e, pois, pré-excluir-lhes a contrariedade a direito. Por exemplo: o titular do pátrio poder pode castigar, moderadamente, o filho (art. 395, 1), e a lesão, que dai resulte, sem sua culpa, não é contrária a direito; gestão de negócios alheios, correspondente ao interesse ou à vontade presumível do dono do negócio (art. 1.331). Se o titular do pátrio poder causa a lesão sem ter havido razão para o castigo *(e.g.,* por erro de julgamento, ou negligência na apreciação de resultados, que, depois, se verifica não terem sido oriundos de atos do menor), ou se o gestor de negócios sabia que o dono do negócio se oporia à sua intromissão, se a conhecesse (art. 1.332), o ato ou os atos são *ilícitos,* ali ilícito relativo (lesão da relação jurídica a que deu ensejo o pátrio poder) e absoluto; aqui, absoluto, Se o gestor de negócios não iniciou a gestão contra a vontade manifesta, ou presumível, do dono do negócio, a posterior conduta contrária a essa, depois da ratificação, é o ilicito relativo, porque já se formara relação jurídica entre o gestor e o dono do negócio.

Confundiu as duas situações A. von Tuhr *(Der Aligemeine Te,* III, 470, e 1, 279, *d),* excluindo toda invocação do art. 159 (ou § 823 do Código Civil alemão). Ora, as regras juridicas especiais sobre gestão de negócios *iniciada* contra a vontade manifesta, ou presumível, do dono do negócio não são regras jurídicas que lhe pré-excluam a contrariedade a direito: há contrariedade a direito e, pois, a relação jurídica que surge seria ***ex*** *delicto;* antes, oriunda da gestão mesma, uma vez que, *ex hypothesi,* se iniciou contra a vontade manifesta, ou

presumivel, do dono do negócio, e não há qualquer relação jurídica oriunda de ato jurídico *stricto* sensu, a que o ato ou atos contrários a direito ofendessem a eficácia. Não se pode pensar em nascer relação jurídica e pelo mesmo ato, de que nasceu, ser ofendida. Toda eficácia é, necessariamente, *posterius* lógico. A art. 1.332 não apanha os casos em que o ser contra a vontade manifesta, ou presumível, do dono do negócio foi posterior ao inicio da gestão (explícito, o art. 1.332, *verbo* "iniciada"; e não se há de entender diferentemente o § 678 do Código Civil alemão, *verbis* "die Übernahme", a tomada, o empreendimento): se a discrepância foi posterior, a responsabilidade não se rege pelos ads. 1.332 e 1.333 (nem pelo § 678), e sim pelo art. 1.331 e demais. Pelo fato de serem os ads. 1.332 e 1.333 mais rigorosos que o art. 159 não se segue que este tenha retirado aos atos, que eles prevêem, a natureza de ilícito absoluto; os arts. 1.332 e 1.333 são *leges speciales* sobre ilícito absoluto. A atribuição de responsabilidade é, aí, segundo as regras da capacidade delitual, e não segundo as regras capacidade negocial e de atos jurídicos *stricto sensu.* (No direito alemão, o

§ 682 ainda vai mais longe: remete, sempre, às regras sobre a capacidade delitual e sobre o enriquecimento indevido).

2. *Limitações legais; princípio da absolutidade e princípio da interadaptação ou relatividade dos direitos.*

Quando as regras juridicas formulam a "intromissão", em termos de regra que serve à estruturação da categoria jurídica, de que são exemplo o art. 557 ("Os frutos caídos de árvore do terreno vizinho pertencem ao dono do solo onde caíram, se este for de propriedade particular.") e o art. 588 (entrada no terreno vizinho para decotar a cerca viva ou reparar o muro divisório), não há intromissão: o conteúdo do direito foi limitado aquém do que se pensaria tivesse de ser, se fosse *a priori* o conteúdo de direito de propriedade e concebido esse em termos de absoluta retilinidade. Intromissão somente, e de intromissão somente se há de falar, quando a regra jurídica concerne a outro instituto e a invasão é derivada do *principio da interadaptação dos direitos e deveres,* que inspira o direito contemporâneo, em vez do *princípio da absolutidade dos direitos e deveres.* Já a respeito do exercício regular dos direitos aludimos àquele princípio. O abuso do direito é ato ilícito, porque é exercicio irregular (arg. ao art. 160,!, 2ª parte). A intromissão é ato ilícito, no que excede o seu conteúdo. Se ilícito relativo, ou ilícito absoluto, depende de se saber se, na espécie, se infringiu, ou não, relação jurídica entre o ofendido e o ofensor. No caso do titular do pátrio poder, que lesou sem ter merecido castigo o

menor, há infração da relação jurídica de pátrio poder e dá ela ensejo à suspensão ou à perda do pátrio poder (arts. 394 e 395); e pode haver ilícito absoluto (art. 159), com o dever de reparação.

3. *Espaço aéreo e subsolo.* Uma das intromissões permitidas é a de quem quer que esteja acima e abaixo das propriedades imobiliárias enquanto o ato, na altura, ou na profundidade, não atinge o interesse do proprietário em proibi-las. Seria de discutir-se se se trata de *limitações à* propriedade, ou de *intromissões* permitidas; isto é, se é o conteúdo mesmo do direito, que se concebeu "flácido", ou "permeável", nas extremidades vedicais dos terrenos, ou se as intromissões resultam de permissões, devido a se haverem precisado outros direitos, tais como o de navegação aérea, o de perfuramento das cidades a grande profundeza etc.

O problema é, ao nosso ver, de coexistência de direitos, e resolve-se segundo o princípio de interadaptação dos direitos. Quanto aos limites, a propriedade compreende o solo, a coluna aérea e o subsolo (melhor do que

"la propriété du sol empode la propriété du dessus et du dessous", Código Civil francês, art. 552, e do que

"erstreckt sich", estende-se ao espaço acima e abaixo, Código Civil alemão, § 905, é o "abrange" do Código Civil brasileiro, art. 526). Por isso mesmo, não tem a pessoa de tolerar que se construa, a duzentos metros de altura, por exemplo, varanda saliente do prédio vizinho, que esteja por sobre a linha vertical divisória, ou a passagem de fios telegráficos, de luz e força, ou que rodem sob o seu prédio trens ruidosos.

As limitações por vizinhança (direitos de vizinhança) não são intromissões. São diminuições de conteúdo; portanto, em sentido preciso, *limitações.*

V. Justiça de Mão Própria

§ 191. As Justiças no passado e no presente

1. *Conceito de justiça de mão própria; legítima defesa e ato em estado de necessidade.* A *justiça de mão própria* é a aplicação da regra jurídica pelo próprio interessado, quando aquele, que devia atender à incidência da regra jurídica, a ela não atendeu. Não se confunde com o ato de legítima defesa, ou com o ato em estado de necessidade, porque esses se passam no mundo dos fatos, subjacente ao mundo jurídico, ao passo que a justiça de mão própria supõe que a regra jurídica já tenha incidido, portanto que já se esteja no mundo jurídico, e, pois, que o interessado mesmo dê aplicação à regra jurídica desatendida. O interessado põe-se no lugar que, depois que a justiça se tornou monopólio do Estado, a esse, e não a particulares, caberia.

O proprietário da casa alugada não mais pode desalojar o inquilino; o credor não pode ir apanhar, no patrimônio do credor, aquilo com que se pague; nem sequer se permite, no direito brasileiro, o arresto e a penhora de mãos próprias. A justiça de mão própria nem é legítima defesa, nem ato em estado de necessidade, nem exercício do direito, da pretensão, ou da ação, ou da exceção, que o justiçador de mão própria realiza. Ê aplicação extrajudicial da regra jurídica; de modo que o direito, a pretensão, a ação, ou exceção, de que se trata, é *res deducta* pelo interessado, perante si mesmo, O justiçador de mão própria não se substitui ao devedor, ao obrigado, ou exceto; substitui-se ao juiz.

O princípio da proibição da justiça privada alcança qualquer julgamento de mão própria, ainda o declarativo: *Ris regulariter non permittit quenquam ius sibi dicere, tam quoad ius quam quoad factum* (Alvaro Valasco, *Decisionurn, Consultation um,* II, 410 e 412). O titular do direito pode afirmar que tem o direito, ou alegando-o, deduzindo-o em juízo, ou informando a alguém, ou comunicando ao seu devedor o que sobre o assunto pensa, ou implicitamente exigindo prestação, ou exercendo ação ou exceção. Não pode dar ao que enuncia eficácia de julgado em causa própria. Tal o principio.

2. *Princípio do monopólio judicial e justiça de mão própria.* A justiça de mão própria teve grande importância no direito primitivo, inclusive romano, germanico e português. A substituição pela justiça estatal foi por *princípio de monopólio estatal da justiça,* que supõe a suficiência do Estado — onipresença, eficiência — para fazer atendido todo o direito objetivo. Ineficiente contra o mais forte, a justiça de mão própria é

perigosa contra os mais fracos e, em relação aos de igual força, perturbadora da ordem pública. A política legislativa do direito romano foi mais no sentido de punição da justiça de mão própria *proibida* e da justiça de mão própria *injusta.* Nos nossos dias, rareando os casos, precisou-se que a justiça de mão própria, quando é permitida, só o é se a decisão, que, in *casu,* se desse, seria favorável ao que a exerce.

Principalmente, mostrou-se que só excepcionalmente a justiça de mão própria é *satisi ativa.* Bastaria isso para a distinguir da execução forçada (estatal). Parece-se, sem se identificar, ou, sequer, se incluir na mesma classe, com a prisão em flagrante por qualquer do povo (Código de Processo Penal, art. 301). A imediatidade e a superveniência do assentimento do devedor fazem satisfativo o ato de justiça de mão própria. Ou o ato, em si mesmo, pela inelidibilidade dele após ocorrer, é satisfativo; aí, e somente ai, se pode falar de auto-satisfação *(Selbstbefriedung).* Teremos ensejo de ver que alguns sistemas jurídicos excluem, de todo *(de lege ferenda,* sem razão), a satisfatividade.

3. *Dados Históricos. (a)* Antes da Lei das XII Tábuas, a justiça privada existia, pela rudimentariedade da nascente justiça estatal (justiça de mão própria) justiça estatal). A Lei das XII Tábuas formalizou-a, sem eliminar, sequer, reminiscências da vingança privada (justiça de mão própria aformal + justiça de mão própria formal) justiça estatal). O pressuposto da necessidade (urgência + irremediabilidade) nem sempre aparecia; continuava de existir justiça privada normal, isto é, não substitutiva da justiça estatal. A justiça privada primitiva, anterior à justiça estatal, permanecia *(fur manifesturn, adulterium, mernbrum ruptum).* A justiça privada formal não se transformou, desde logo, em estatal; os atos privados solenizavam-se, e o *princípio da tutela do direito objetivo* fazia subordinar-se a exame posterior a questão de terem sido, ou não, observadas as solenidades. O interesse público começava de intervir. A justiça de mão própria formal não levou à justiça de mão própria aformal, então *restante;* levou à justiça estatal. A justiça de mão própria formal ou se transformou em estatal, ou em conteúdo de direito subjetivo privado: o que era pretensão àtutela jurídica própria, por ato ilícito, ou simples fato jurídico, fez-se direito subjetivo de direito privado; o ato que seria sentença passou a ser exercício de direito, tal como se observa na evolução até o art. 558 (cp. Código Civil argentino, art. 2.663; alemão, § 910).

Deve-se a G. E Puchta *(k/orlesungen,* 1, 180) ter mostrado que o direito romano não possuia o principio geral da vedação da justiça de mão própria; quer dizer: o monopólio estatal da justiça nunca se completou; e ter reformulado o que se atribuia ao direito romano, frisando: o ato ilícito não se faz licito, porque se praticou para justiça privada; nem o lícito se torna ilícito, se tal o seu fim. Causa psicológica, acrescentamos: o direito romano nunca chegou à síntese entre o desenvolvimento do Estado e a independência do indivíduo, pela criação de direitos públicos subjetivos contra o Estado; donde a conciliação por *modus vivendi.*

Na L. 7, D., *ad legem luliam de vi privata,* 48, 7, Calistrato disse: "Se os credores têm ação *(agant)* contra os seus devedores, devem pedir, por intermédio do juiz, o que crêem que se lhes deve. Se não, se intervieram em coisa do devedor, sem que alguém o tenha concedido, o divino Marco Aurélio decretou que não tenham direito ao crédito. Temos, ai, caso de caducidade do direito, por culpa. As palavras do decreto são essas, acrescentou Calistrato: Otimo é que, se crês que algo tens para pedir, exerças as ações; enquanto isso, o outro *(ilie)* deve permanecer na posse, (pois que) és demandante; e como Marciano houvesse dito: não fez (ele) nenhuma violência, disse César: „je crês tu que só há violência se se fere a homens? violência é, e sempre, quando alguém não reclama por meio do juiz o que crê que se lhe deve; e creio que não convém à tua dignidade e à tua piedade fazer algo contrário a direito (non *iure facere).* Assim, quem quer que me haja provado que possui a coisa do devedor que ele mesmo não lhe entregou, sem intervenção do juiz, temerariamente, e que se fez justiça a si mesmo na matéria (sibi ius in eam rem dixisse), não terá direito ao crédito". O *Decretum Marci* supunha que a constrição tivesse sido contra a vontade do devedor *(id nuílo conceden te).* Não podia ser punido pelo furto, ou roubo; o decreto lançou mão da caducidade. Tudo leva a crer que a regra jurídica se não estendia aos direitos reais.

O

que interessa é saber-se se, estando compostos os elementos da falta do juízo e da perda ou extrema dificultação do direito, podia ser usada a justiça de mão própria. A resposta é afirmativa, com base na L. 10,

§ 116, D., *quae in fraudem creditorum facta sunt* til *restituantur,* 43, 8 (Otto Wendt, Das Faustrecht, *JahrbOcher for die Dogmatik,* 21, 281 5.; H. Dernburg, *Pandekten,* 1, *7ª* ed., 291; E Regelsberger, *Pandekten,* 1, 676; G. E Puchta, *Pandekten,* 94 ed., 123 s.; 8. Windscheid, *Lehrbuch,*

1, 9ª ed., 621; P. E

Girard, *Manuel,* 4ª ed., 965), ou sem precisar dela. E interessante observar-se que: E Regelsberger extraia o princípio da "natureza das coisas", melhor diríamos do sistema jurídico romano; G. E Puchta *(Vorlesungen,* 1, 182; *Pandekten,* 124) no próprio *Decretum Marci* via a permissão da justiça de mão própria onde a tutela judicial faltasse, pois *optimum* é que se exerçam as ações, se algo se crê que se tem a pedir; H. Titze *(Die Notstandsrech te,* 57) via na L. 7, § 3, D., *quod vi aut clam,* 43, 24, a prova da permissão da justiça de mão própria ***ex magna et necessaria causa.***

(b) No direito germânico, ao tempo das invasões, já era rara a autotutela, devido às fortes simetrias de centro, que eram os reis. Na Idade Média, há regressão à justiça de mão própria sem a *magna et satis necessa ria causa,* portanto à autotutela primitiva, ainda onde havia proibições legais. Inclusive a *Faida,* ou guerra privada, que em grande parte se originou da impotência dos tribunais para realizar o direito objetivo e pacificar. A Igreja obteve que se excluissem alguns dias da semana, ou do ano (H. Brunner, Quellen und Geschichte, *Encyclopàdie,* 4ª ed., 240; O. Gierke, *Deutsches Priuatrecht,* 1, 335 e 338): "a treva de Deus" *treuga Dei.* Do meado ao fim do século Xl, há a paz de Deus, na Alemanha, seguida da paz pública, bem ineficientes aliás. Daí a explicação de serem tantas vezes repetidas as proibições da justiça privada; o monopólio estatal da justiça, lenta e sangrentamente, se estabelecia. Na *Lex Visigothorum* o influxo romano e evidente. Na Alemanha, a paz pública de Worms (1495) é o marco da monopolização estatal e da recepção oficial do direito romano.

É preciso observar-se que em quase todos os diplomas de paz pública ainda se abria exceção para a penhora privada e para casos de necessidade; no mais, o que aparecia ou era regressao ou era atraso do feudalismo.

4. *Direito contemporâneo. (a)* No Código Civil austríaco, art. 19, proibe-se a justiça de mão própria; se alguém a exerce, é responsável por isso. Ainda quando a decisão estatal, a respeito da *res deducta,* teria de ser favoráve!, a justiça de mão própria é ilícita. É ilícita, portanto, em si mesma (J. Unger, *System,* II, 338 s.).

Mas, a respeito do esbulho, se a retomada da posse é imediata (art. 344; Código Civil brasileiro, art. 502; argentino, art. 2.504; alemão, §

859; suíço, art. 926), permite-se a justiça privada. O que, em virtude de justiça privada, se tomou, volta, e indenizam-se os danos. Não há, porém, penalidade. E interessante observar-se que tal contrariedade a direito, inexcetuável, pôde coexistir com a não-punibilidade da justiça privada em si mesma (M. von Stubenrauch, *Kommentar,* 1, 8ª ed., 56): o credor que executa, pela força, a obrigação, não comete crime de extorsão; o que penhora de mão própria não comete crime de roubo. A doutrina percebeu a que injustiças levaria a proscrição absoluta, inexcetuável, da justiça de mão própria; e, satisfeitos os pressupostos da *falha* da justiça estatal e da irreparabilidade, admitiu-a (J. Unger, *Svs tem,* li, 343), ainda fora das espécies expressas (arts. 1.321 e 1.322, que se referem à tomada de animais de outrem que se acham nos terrenos de alguém, para segurança do crédito à indenização).

(b) No direito suíço, permite-se a justiça privada quando, para assegurar pretensão justa, alguém a exerce, se a tutela judicial não pode ser obtida a tempo e somente pelo ato de justiça privada se evita a perda do direito ou a grande dificultação da realização dele (Código das Obrigações de 1911, art. 52, alínea 3e) Exclui-se, portanto, qualquer caso de satisfação: só há a justiça privada *cautelar* ou *assegurativa (aliter,* o direito alemão, o argentino e o brasileiro). O Código Civil suíço, art. 926, 2ª alínea, possui regra jurídica semelhante ao art. 502, *verbo* "esbulhado", do Código Civil brasileiro; o Código das Obrigações, art. 57, a regra jurídica da tomada em segurança dos animais que invadem o terreno, mas apenas como direito de retenção, ou como direito de os matar.

(c) No direito inglês, o *self-help* foi proibido no século XIII, mas ele existiu por ocasião das guerras civis, regressivamente. O principio proibitivo quase se apagou nos séculos XIV e XV. Quando a *kings peace* (paz do rei), a ordem pública assegurada pelo Estado, se firmou, a justiça de mão própria, pacifica, pôde coexistir com ela. O direito inglês não confundiu legitima defesa e justiça de mão própria, *self-help* e *self-defense.*

Distinguiu o *seuhelp* em caso de contrato e o *self-help* em caso de delito (expulsão do intruso, isto é, de quem se introduziu no sítio, casa, escritório etc.; a tomada do que foi retirado do prédio; retomada de bens, *retaking ol goods;* destruição de estado de fato lesivo, *e.g.,* do muro que o estranho levantou; apanhia para segurança do objeto que causa dano, *e.g.,* do gado ou cão que invade o terreno).

(d) No direito francês, caiu-se no apriorismo do * (*Nul ne peut* se *faire jastice* à *soi-méme;* e ainda entre os mais recentes estudos só se cogita da autotutela *em atraso* ou *regressiva (sarvivances),* sem se prestar a atenção à autotutela subsidiária ou complementar *(e.g.,* René Demogue, *Traitá des Obligations en général,* IV, 271-280 5.; L. Crémieu, *La Jastice privée,* 1 *e* 265). René Demogue (IV, 271 s.) englobou sob o nome de justiça pessoal, sem qualquer meditação da diferença entre mundo fático e mundo jurídico, legítima defesa e estado de necessidade, mas admitiu, com razão, que o proprietário da coisa roubada a retome, ou se faça restituir com ameaças não-puníveis, ou de ação judicial, ou que alguém retire do seu terreno coisas de outrem. Posterior-mente, A. Vailimaresco *(La Justice priuée en droit moderne,* 419-457) estudou os casos de justiça privada em direito francês.

No entanto, a questão já havia sido bem posta, conforme se vê do *Répertoire* de Merlin, *verbis* "Voies de fait", por Lajuniais, a propósito do principio *c Nal ne peut se faire jastice* à *soimême:* "Ce serait donc une maxime *Ia asse* et *dangereuse* d"avancer indistinctement comme certains auTers le font, que toutes voies de fait sont défendues et doivent être reparées par provision. II y a des voies de fait qui sont des véritables délits, au moins des fautes punissables et qui pour la plupart doivent être avant tout réparées; il en est de formellement autorisées ou tolérées par la jurisprudence". O pior é que, depois, juntos se rebelavam contra a máxima, ou confundiam justiça privada com o direito de retenção (L. Guillouard, *Traité da Droit de rétention,* 268 s.), ou com a pretensão à resolução do contrato (R. Cassin, *De l'Exception* tirée *de l'inexécution,* 337 e 360), ou com a legítima defesa (P. Lallement, L"État *de nécessité,* passim; L. Crémieu, *La ias tice privée,* 281; R. Cassin, *De l'Exception tirée de l'inexécution,* 330 s.).

Citam-se no direito francês como casos de justiça privada: o art. 1.657 do Código Civil francês (A.

Vailimaresco, *La ias tice privée en droit moderne,* 422), que absolutamente nada tem com isso, pois apenas se trata de direito legal de resolução, direito formativo extintivo; o caso do proprietário do terreno, se apanha os animais que danificaram a sua propriedade (Lei francesa de 4 de abril de 1889, Titulo VI, art. 1), limitação ao direito de propriedade, e não *mais* justiça privada (sem razão, portanto, os que caem na *contradictio'* in *terminis* de falarem de "droit légitimé par la loi de se faire justice à soi-même", e não têm sido poucos); a execução da obrigação pelo credor à custa do devedor, contra o

Nemo praecise potest cogi ad factam

(Código Civil francês,

art. 1.142, que aliás o excetua nos ads. 1.143 e 1.144, estendido pela doutrina a todos os casos de impossibilidade de impor a execução, que não são, como também os previstos literalmente pela lei, atos de justiça privada, pois precisam de autorização judicial); os casos que precisariam de autorização e a jurisprudência dispensou-a, por se tratar de reparações necessárias ao prédio alugado, mas, ai, de modo nenhum se procede a justiça de mão própria, pois o sistema jurídico ou os põe na categoria da gestão de negócios, ou regula a indenização pelos princípios do enriquecimento injustificado tomada dos bens do art.

819 do Código no direito francês, a —

o que seria justiça a ratificação judicial, direito de começar

direito de resolução, (a jurisprudência *revelou* regra jurídica); a locatário (penhor legal), com derrogação do de Processo Civil francês, uma vez que falta, regra do art. 779 do Código Civil brasileiro, de mão própria, se se dispensasse, depois, ou a imediata citação, e simples revelação do a execução, se necessária aquela ou essa; o ou de resilição, em vez da pretensão à reso lução, ou à resilição, por denúncia "cheia", seja por culpa grave, seja em caso de impossibilidade da continuação do contrato, se a lei não previu tal direito, é revelação jurisprudencial, contra a letra do art. 1.184 do Código Civil francês, de regra juridica, e não justiça de mão própria (sem razão, R. Cassin, *De l'Exception tirée de l'inexêcution,* 344, 337 e 349). A espécie merece maior exame. O direito francês não havia adotado a denúncia. A jurisprudência entendeu criá-la. A Corte de Ruão, a 23 de janeiro de 1867, decidiu que ao ator, se não podia representar, por culpa do diretor, era permitido contratar com outrem antes da resilição, para poder ganhar a vida. Semelhantemente, a Corte de Cassação, a IS de maio de 1889 (engenheiro), a Corte de Cassação Civil, a 4 de janeiro de 1910 (empregado corretor), a Corte de Poitiers, a 9 de junho, 12 de junho e 23 de dezembro de 1908 (empreitada) e outros tribunais. Os mesmos problemas tiveram o direito português e o brasileiro, resolvendo-se a doutrina pela criação de regras jurídicas especiais a tais contratos, inspiradas no Código prussiano *(Aligemeines Landrecht,* Parte 1, Título 11, arts. 132-139; Coelho da Rocha, *Instituições.* § 859, 670), com a categoria jurídica da denúncia. Hoje, há regras juridicas como as do art. 1.226 do Código

Civil brasileiro (cf. Código suíço das Obrigações, arts. 352-354). Nada têm tais regras — escritas ou não escritas — com a justiça de mão própria.

E preciso não se confundir a necessidade, atendida pelo legislador, ou pelo jurislador (doutrina ou juiz), com a necessidade pressuposto de justiça privada.

§ 192. Inelidibilidade da justiça de mão própria

1. *Se a justiça de mão própria pode vir a desaparecer.* A justiça de mão própria só existe onde o juízo deveria ter sido criado, e não no foi, ou onde o juiz deveria funcionar, e não pode, ou não quer. De qualquer modo, o titular do direito, que teria de exercer a pretensão à tutela juridica estatal e utilizar o processo, exerce a autotutela. Tanto se distingue da *justiça estatal* quanto da *justiça arbitral,* que foi, historicamente, a forma intermédia entre elas. Se a justiça estatal falta, o direito objetivo só se pode realizar pelo atendimento do devedor, pelo obrigado, pelo sujeito passivo da ação ou da exceção, ou pelo titular do direito, da pretensão, da ação ou da exceção, portanto, aqui, pela justiça privada.

A justiça de mão própria, embora reduzida a mínimo, não pode, portanto, ser eliminada, de todo, da vida.

Onde a imperfeição ou ineficiência do Estado se manifesta pode ela aparecer; e o jurista tem de dar solução aos casos que se apresentam. Não basta dizer-se que o sistema jurídico é totalmente adverso a ela, ou que, *a priori,* ou em regras jurídicas escritas, a reprova. Sociologicamente, a justiça de mão própria ou indicia *atraso* do grupo social, ou *regressão* ocasional (guerras, revoluções, calamidades), ou, o que ainda não pôde ser eliminado, a não-onipresença, de fato, ou a ineficiência policial e judicial do Estado. A última forma submete-se, ela mesma, a regras jurídicas de pressupostos. Se concorrem os três pressupostos da *falta,* no momento, da justiça estatal *(e.g.,* morreu o juiz e o substituto não chegou, ou o juiz está longe), da possível *perda* ou *grande dificultação* da realização do direito e da justiça do *petitum* a si mesmo, não é contrária a direito e, pois, não é ilícita a justiça de mão própria. Se é satisfativa, ou somente assegurativa, a prestação jurisdicional a si mesmo, depende de bastar, *in casu,* à satisfação, ou não bastar à satisfação o fato da tomada. Onde cabe a justiça privada,

a legítima defesa contra da não cabe: o ato seria contrário a direito.

A autotutela, que fora a única forma de tutela jurídica, fez-se forma esporádica ao lado da tutela jurídica estatal, com ou a despeito das proibições *a prio ri, e* finalmente se reduziu a meio auxiliar, subsidiário, para os casos em que falte a tutela estatal e seja urgente tutelar-se o direito, a pretensão, a ação ou a exceção.

2. *Fatores psíquicos individuais.* Tendo de ser, conceptualmente, exercida pelo indivíduo, pela *pessoa,* a justiça de mão própria, parte, de ordinário, do titular do direito, pretensão, ação, ou exceção. Nela não pode caber o elemento superexcitação do individuo, que aparece na vingança, razão por que a vingança somente interessa ao direito como elemento de suporte fático de atos ilícitos. No conceito de vingança não está o propósito de se atender (= realizar) o direito objetivo: a ato ofensivo opóe-se ato ofensivo, ao contrário a direito o contrário a direito; em vez de se evitar aquele (legítima defesa), ou de se aplicar, através do Estado, ou de mão própria, ao ato ofensivo a regra jurídica que o previu. Toda vingança, por isso mesmo, é contrária a direito, se *ofende* alguma esfera jurídica.

A justiça de mão própria pode ser exercida pelo titular, pelo representante legal e pelo que tem poderes de representação.

Também pelo gestor de negócios (H. Titze, *Die Notstandsrechte,* 121; G. Planck, *Nommentar,* 1, 576; H.

Rehbein, *Das Bíirgerliche Gesetzbuch,* 1, 344; sem razão, P. Oedmann, *Alígemeiner Te,* 671; C. Crome, *System* 1, 540); exatamente porque a gestão de negócios se tem de pautar pelo que pode e quer o dono do negócio. A justiça de mão própria por parte das pessoas juridicas exerce-se por seus órgãos. A legitimação passiva é conforme a legitimação passiva perante a justiça estatal (E. Heyer, Die Selbsthúlfe, *Archiu fúr BUrgerliches Recht,* 19, 67).

§ 193. A semelhança com outras categorias

1. *Justiça de mão própria e legítima defesa.* Muitas vezes confundem os juristas legítima defesa e justiça de mão própria. Por exemplo: tomar

ao art. 502 (argentino, art. 2.504; alemão, § 859), no que concerne à turbação, como caso de justiça de mão própria, e é, *in casu,* de legitima defesa que se trata; se A permite que B, no dia tal, tome posse do sítio, posse que lhe é transferida em virtude de acordo, já estando ou podendo E

se pôr em situação de poder fático sobre o sítio, qualquer atividade impeditiva de A permite a legítima defesa de E; o locador que se reserva a entrada no quintal, ou outra dependência da casa, não estipulou justiça de mão própria e, se o locatário o impede, *e.g.,* alterando a fechadura do portão, a atividade do locador para entrar é em legitima defesa.

2. *Justiça de mão própria e ato em estado de necessidade.* A justiça de mão própria não se confunde com o ato em estado de necessidade (art. 160, II). Primeiro, porque a justiça de mão própria supõe contrariedade a direito, desatendimento do direito objetivo, para que se possa pensar em aplicação dele pelo próprio titular do direito, da pretensão, da ação ou da exceção; o ato em estado de necessidade exclui, conceptualmente, que haja ato contrário a direito da parte daquele contra quem vai a ofensividade do ato em estado de necessidade.

Segundo, o estado de necessidade é elemento fático que serve a conteúdo de regra jurídica pré-excludente; a justiça de mão própria é ato que já se pratica a propósito de fatos juridicos, que tiveram ou têm eficácia.

Donde ser de graves Conseqüências o erro de se falar de justiça privada *(Selbsthúlfe)* agressiva, que seria a justiça de mão própria ou justiça privada no sentido exato, e a defensiva, que abrangeria a legítima defesa e o ato em estado de necessidade. Em cada um deles há elemento do outro, mas o senso largo, com a dicotomia, conservaria referência à tutela jurídica, à justiça, que se encontra num e não se pode encontrar nos outros. O

elemento „defesa", em senso lato, é comum; porém então teriamos de dizer: a defesa compreende a justiça de mão própria, a legítima defesa e o estado de necessidade, o que não teria qualquer valor científico.

§ 194. Pressupostos da justiça de mão própria

1. *Regra jurídica escrita e regra jurídica não escrita a propósito de pressupostos.* Ou o legislador determina as espécies em que cabe a justiça de mão própria, ou não as determina, e terá o intérprete de revelar a regra contida no sistema jurídico, porque o juiz não pode evitar que lhe venham a exame casos em que o titular do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção atuou, ou atua, em justiça própria. De qualquer maneira, a justiça de mão própria só é admissível se a sentença estatal *seria* favorável ao que a exerce. Não se diga que se faz pressuposto um *posterius:* se a sentença estatal seria favorável, a regra jurídica, que o justiçador invoca, incidiu; portanto, agiu bem se foi justa a solução dada por ele. Daí atuar a seu risco, ainda sem culpa.

2. *Análise dos pressupostos.* Os pressupostos da justiça de mão própria são: *a)* o não ser possível obter-se, a tempo, a tutela jurídica prometida pelo Estado (= o exercício da pretensão à tutela juridica estatal seria tardio); *b)* o não se poder aguardar, sem dano irreparável, que a tutela jurídica estatal se dê (= há perigo de ser frustrada, ou tornada extremamente difícil a realização de que se faz urgente); *c)* justiça da *res deducta.*

Não elide a possibilidade da justiça de mão própria a circunstância de que, não sendo exercida, haveria o caminho da reparação do dano. Naturalmente, só se pode pensar em justiça de mão própria por parte de quem poderia exercer , perante o Estado, a pretensão à tutela jurídica e nos termos em que a poderia exercer e *ser atendido pelo Estado.* Enquanto pode exercer a pretensão à tutela jurídica o autor, ou o réu, que não tenha, no mérito, razão (= que receba sentença desfavorável), somente pode exercer a justiça de mão própria quem poderia exercer a pretensão à tutela juridica pelo Estado e terá sentença favorável. Não há justiça de mão própria para execução do que não poderia ser objeto de *pretensão à execução (e.g.,* tomada de bens inalienáveis, restabelecimento da vida conjugal), nem para a pretensão deduzida *(res deducta),* que já foi objeto de sentença trânsita em julgado, nem para cumprimento de direito mutilado (sem pretensão, ou sem ação, ou de eficácia coberta por alguma exceção). Tratando-se de justiça de mão própria para segurança, *ad instar* do arresto, do seqUestro e das outras medidas cautelares, é preciso que a coisa seja arrestável, ou seqüestrável , ou por outro modo a coisa possa ser constrita, ou a pessoa depositável.

O

direito, a pretensão, a ação, ou a exceção subordinada à *exceção* não pode ser objeto de justiça de mão própria (G. Planck, *Kommentar,* 1 4ª ed., 574; sem razão, A. von Tuhr, *Der Alígemeine Te ii,* III, 591, P.

Oedmann, *Aligerneiner Te,* 670, e P. Heyer, Die Selbsthúlfe, *Archiu for Búrgerliches Recht* 19, 59, excluem as "exceções" ligadas aos §§ 273 *e* 320, quer dizer o direito de retenção e a exceção *inadimpleti contractus,* art. 1.092). Ceda, a doutrina suíça (H. Oser, *Kommentar,* 222).

3. *Legitimação passiva.* A justiça de mão comum independe de pressuposto da culpa daquele que a ela é submetido. Vai contra o incapaz, contra o que perdeu os sentidos, contra o que se acha em erro *(e.g.,* A quer destruir a casa porque crê que a casa é sua A. von Tuhr, *Der All9emeine Te,* III, 592). Tampouco, se há culpa do que a pretende exercer, há de ser vedada a justiça de mão própria, inclusive se o titular do direito, pretensão, ação, ou exceção, recusou, antes, a prestação, ou se, em tempo, deixou de exercer a pretensão à tutela jurídica do Estado.

Os pressupostos de que falamos excluem toda justiça que seria *atraso* do grupo social, ou *regressão* ocasional. A justiça de mão própria há de ser de acordo, e não contrária a direito; e há de ser ao nível da civilização a que pertence o sistema jurídico.

4. *Excepcionalidade da justiça de mão própria.* A justiça de mão própria somente se permite se, excepcionalmente, o sistema jurídico não a condena; portanto onde se abre exceção ao *princípio do monopólio estatal da* justiça.

O

direito brasileiro não possui princípio geral, escrito, que seja limitação àquele. Nem a autonomia da vontade pode estabelecer casos em que se exercite a justiça de mão própria. Nenhum negócio jurídico, inclusive contrato, pode criar "direito" à justiça de mão própria (HTitze, *Die Notstandsrechte,* 124). No direito comum, o *pactum de ingrediendo* era usado para que o credor tomasse posse da coisa se o devedor não pagasse (H. Dernburg, *Pandekten,* 1, 6ª ed., 685). Nas

Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 9 (Lei de Afonso IV), § 4, dizia-se que nenhum creedor nom possa penhorar seu devedor em algum caso, ainda que tenha contra êle sentença"; mas logo se acrescentava (§ 5): "se em algum contrauto fôsse acordado pelas partes, que o creedor podesse per sua authoridade penhorar o devedor, nom lhe pagando a divida ao tempo certo, nom o poderá por tanto penhorar por si, *salvo* achando *êle* êsse *penhor de todo* ponto *desembargado sem outra* contradiçom, em tal guisa que se nom podesse hy seguir alguã reixa a dita penhora, e em outra guisa nem poderá êle fazer a dita penhora per sy meesmo sem authoridade de Justiça, ainda que lhe seja dado poder pera o per sy fazer no dito contrauto; porque disserom os Sabedores, que compilarom as Leyx lrnperiaes, que non deve nascer aazo de injuria da Ley, ou contrauto, donde nasce o Direito". A Ordenação passou às Ordenações Manuelinas, Livro IV, Títulos 5, e às Ordenações Filipinas, Livro IV, 57. A reação dos juristas nos Estados em que se recebeu a L. 3, C., de pignoribus, 8, 13 (aliás *autorictate praesidis),* ou a regra jurídica que se adotou em Portugal, foi grande: *e.g.*. Samuel Strvk (Praelectiones *oiadrinae de cautelís contractuufll.* Seção 2, Cap. 1, § 36, in *une,* reputou contra a moral e a ordem pública o pacto, *bonis* moribus et *ordirii contrarium;* e muitos o seguiram. As Ordenações Filipinas só admitiam que se cumprisse o pacto (e já isso bastava para que se não reputasse ilícito, por violação dos bons costumes e da ordem pública),

"achando o penhor de todo desembargado. e sem alguma contradição , em maneira que se não possa seguir rixa alguma sobre a penhora":a regra jurídica limitativa somente concernia à *eficácia, e* não à *validade,* nem, com maioria de razão, à *existência.* O pacto existia e valia. Eficaz somente era se ocorria o que a Ordenação do Livro IV, Titulo 17, *pr.,* previa. Surgia, porém, divergência quanto ao conceito de "contradição". aDe que contradição se havia de tratar? aA simples contradita verbal, em termos de enunciado ne9ativo do direito, ou em termos de fato, com ou sem armas? Alvato Valasco (Decisionum *Consultcitionum,* II, 412), depois de mencionar o argumento de que a letra da lei induz "repugnantiam plus quam verbalem", responde que a

"repugnantia clamorosa tumultum facit, & scandalurn in populo expellente homine privato, eI verbum, *rixa* alguma, comprehendit etiam verbalem". Para que a justiça de mão própria não se desse no caso do pacto de ijnmittendo ou de ingrediendo, bastaria a *repugnan tia verbalis,* a repugnância cum *protestatione sW iuris.*

Silvestre Gomes de Morais *(Tractatus* de Executionibus, 1, 98) entendia que era preciso a resistência com armas e atual, que

impedisse o apenhamento pelo credor, discordando de Alvaro Valasco, para quem a resistência verbal *(repugnantia verba lis,* dizia ele) bastaria, e de Scaccia, que distinguia, sem razão, a resistência verbal justa e a tnºusta (ora, se justa, a justiça por mão própria seria contrária a direito). Se a dívida é ilíquida, isto é, se o instrumento do penhor não determina precisamente o valor do débito (art. 770, l1ª alínea; Lei nº 492, de 30 de agosto de 1937, art. 2ª, § 2t 11; Decreto-Lei nº 413, de 9 de janeiro de 1969, arís. 14,1V, e 23), não caberia justiça de mão própria (Silvestre Gomes de Morais, *Tractatus de Executionibus,* 1, 99, que, aliás, permitia, por influência de Bártolo. aí não cabível, que no pacto *se* previsse o ingresso, a despeito da iliquidez). Outrossim, se o credor aquiescera, antes, em retirar a tentativa de justiça de mão própria (Manuel de Almeida e Sousa, *Notas de Uso prático,* 1, 67; *aliter,* se o credor apenas deixava de invocar, em tempo devido, a justiça estatal, A. von Tuhr, *Der Aligerneine Te,* 11I, 592).

§ 195. Meios de constrição

1. Justiça de mão *própria e constrição* . Os *meios de constrição,* de que lança mão a justiça de mão própria, são: a) A subtração de coisas móveis, ou imóveis, ou seja para realizar direito real *(e.g.,* o devedor pignoraticio subtraira o objeto penhorado), ou para realizar direito pessoal *(e.g.,* o que pagou as compras no armazém, para serem entregues, verificando que o dono do armazém se nega a entregá-las, porque o empregado fugira com o carro de distribuição), ou simplesmente para segurança de crédito em dinheiro *(e.g.,* durante a viagem, A vai trocar cédulas em miúdo, pertencentes a B, e desaparece, e E retém a mala de A, que ficou no automóvel e deveria ser entregue na vila seguinte).

As coisas suscetíveis de constrição, em justiça de mão própria, são as que pertencem ao devedor, e não outras. A constrição de coisas alheias, que estão, apenas, em custódia, é proibida, na mesma extensão em que escapariam à justiça pública se arrestadas, sequestradas ou por outro modo constritas. A questão da constri-

ção putativa é fácil de resolver-se com o primeiro pressuposto da justiça de mão própria: não ir além do que poderia ir a justiça estatal; e com o segundo, que é o de só se exercer se a sentença seria favorável. Tudo se põe em *plano de objetividade* e de *verdade.* Por isso

mesmo, não importa se o credor acreditava que a coisa pertencia ao devedor, ou não. Se a justiça de mão própria se exerceu sem aquele ou esse pressuposto, foi *contrária a direito* e, pois, *ato ilícito,* cabendo reparação do dano. A justiça de mão própria não cria direito real sobre a coisa que o titular do direito subtrai ao justiçado: só se passa no *plano da posse.* Se o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção é tal que com a posse se faz satisfativa a subtração da coisa, a prestação está feita; se seria preciso outro ato do devedor que a entrega da posse, como se dá no contrato de venda e compra sem a transferência simultânea da propriedade, a posse, só, não pode ser satisfativa, e a justiça de mão própria cinge-se à medida de execução adiantada, ou de segurança da execução. Por outro lado, o justiçador de mão própria não tem o poder de conversão: se a dívida é em dinheiro, a tomada da coisa é sem segurança da execução, e não em satisfação (K. Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 218 5.; H. C. Hirsch, *Die Ubertragung der Rechtsausíibung,* 99). A natureza da segurança, que o titular do direito, pretensão, ação, ou exceção, se procura, não é a mesma que tem a segurança pelas medidas constritivas cautelares e a penhora, porque não resulta da constrição pela justiça de mão própria a retirada de eficácia de qualquer ato do devedor, relativo à coisa, que não seja dependente da posse. A eficácia é constritiva, porém não igual à que tem o arresto, o seqUestro, as outras medidas cautelares e a penhora, menos ainda à que tem o ato final do processo executivo. A idéia de direito real seria tão inadmissível aqui como em se tratando de justiça estatal.

Alguns escritores, mal informados sobre o instituto, reduzem a justiça de mão própria (ou a estendem) à

execução *de mão própria (e.g.,* R. Demogue, *Les Notions fondamentales,* 623); sem prestarem atenção a que o conteúdo do julgamento pode ser qualquer um que também seja conteúdo de julgamento estatal, embora menos frequentes uns que outros conteúdos. A vingança privada seria só execução; a justiça de mão própria, não. Tampouco, seria acertado reduzirem-se as lutas e guerras da Antiguidade, da Idade Média e dos nossos dias a atos de justiça privada: ou são agressões, ou casos de justiça privada, por deficiência de justiça supra-estatal e de direito objetivo.

E interessante observar-se que, em vez de recair em coisa, com que se possa satisfazer, ou assegurar a execução ao credor, a constrição pela justiça de mão própria pode tender a impedir a fuga do devedor; *e.g.,* se o credor retira-lhe vestes, passagens, passaportes, automóvel, cavalo de montaria, carteira de identidade, livro de cheques (E Heyer,

Die Selbsthfllfe, *Archiu for Búrgerliches Recht,* 19, 68).

b) Destruição ou inutilização de coisas. *E.g.,* A promeTe destruir a ponte para que B não sofresse com a sua ruína, A não no cumpre, e E, diante da urgência da medida, sem ter perto justiça a que se dirija, a destrói; A promeTe retirar o carro que fora clandestinamente posto, ou que devia ser retirado, até certo dia quando se iniciariam obras, A não no cumpre, e E, diante da urgência da medida, sem ter perto justiça a que se dirija, corta-o. Deu L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 627) como exemplo o furarem-se os pneumáticos do automóvel para que o devedor não leve os bens. Outro exemplo: prender o cavalo para que o locador não o leve, contra o contrato.

c) A eliminação da resistência a exercício regular de direito. Exercer o seu direito, regularmente, pode quem quer que seja; se o que deve suportá-lo se antepõe, o afastamento da resistência já não é exercício regular nem é ato de estado de necessidade, nem perfaz, sempre, a figura da legítima defesa. Há apreciação do direito próprio e do dever alheio, bem como da contrariedade a direito, por parte do que havia de deixar exercer-se o direito. Portanto, justiça de mão própria. Se A tem servidão de passagem e E fecha a cerca, ou A se defende, in *ipso congressu,* ou, passado algum tempo, se faz justiça a si mesmo. A *detenção* do que está furtando, ou roubando, ou vai dispor da coisa alheia, não é justiça de mão própria, se é com o fim de recuperar a posse. Seria legitima defesa. A detenção do depositário infiel, com o mesmo fim, também o seria.

A recuperação posterior, usando a detenção como ato necessário à recuperação, é meio de recuperação, que também se admite em caso de posse (art. 502; Código Civil argentino, art. 2.504; alemão, § 859).

As Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 76, § 3, e Livro V, Titulo 95, § 3, trataram do pacto da prisão do devedor fugitivo, que poderia ser feita por justiça de mão própria; mas a Lei de 20 de junho de 1774, § 19, e o Assento de 18 de agosto do mesmo ano as derrogaram. Há de entender-se, porém, que o art. 5~, LXVII, da Constituição de 1988, proibitivo de prisão por divida, não faz contrário à Constituição a prisão e julgamento por crimes de fraude, inclusive fraude à execução (Código Penal, art. 179).

2. *Venda em justiça de mão própria.* Diz o art. 1.113 do Código de

Processo Civil: “Nos casos expressos em lei e sempre que os bens depositados judicialmente forem de fácil deterioração, estiveram avariados ou exigirem grandes despesas para a sua guarda, o juiz, de oficio ou a requerimento do depositário ou de qualquer das partes, mandará aliená-lo em leilão”. São legitimados ativos o depositário, que tenha a guarda da coisa e o dever de velar pela sua conservação, informando ao juiz e requerendo, e o interessado, que é, em primeira plana, o credor, ou o devedor. A venda em justiça de mão própria é anterior a qualquer depósito. O

poder de dispor, após a medida constritiva, ou cautelar, fica ao juiz *e* não ao que pediu a penhora, o arresto, o seqUestro ou o depósito; antes, trata-se de *venda em justiça de mão própria (Selbshilfeverkaujj,* se o devedor tem de guardar, ou consignar, e a coisa pertence ao credor. Os arts. 1.113 e 1.116 podem ser invocados. No direito romano, a L. 1, § 3, D., *de periculo et cornmodo rei venditae,* 18, 6, Ulpiano *(ad Sabinum)* pôs o caso do vinho se passou o dia em que se deveria medir Na L. 20, § 2, C., *de agrico lis censitis vel colon is,* 11, 48, falou-se da venda dos frutos. Nos primeiros tempos, havia a *derelictio* em caso de mora do credor (cf. L.

Rosenberg, Der Verzug des Glãubigers, *Jherings JahrbOcher,* 43, 213; J. Kohler, Annahme und Annahmeverzug, *Jahrbocher for die Dogmatik,* 17, 287). O depósito em consignação foi passo além, na evolução do direito (P. Hirsch, ***Zur*** *Revison der Lehre vom Glóubigerverzuge,* 68). A consignação pode, todavia, ser desaconselhada, por perigosa para o depositário, ou para a coisa, ou por serem excessivas as despesas.

O depósito romano era nos templos e, depois, nas igrejas cristãs (L. 19, § 1, C., *de usuris,* 4, 32; L. 20, § 1, C., *de agricolis censitis vel colonis,* 11, 48). Segundo o direito germânico, o depósito tornou-se judicial (P.

Hirsch, *Zur Revision der Lebre vom Glãubigerverzuge,* 87; F. Kopf, *das Hinterlegungsverhâltnis,* 5).

O

direito à venda de justiça de mão própria foi desconhecido do direito romano, nas espécies pré-consignativas (cf. W. Theilemeyer, *Der Selbsthilfeuerkauf,* 19; R. Haver, *Der SelbsthilfeverkauJ,* 39), se bem que E Th.

Ulrich *(Die Deposition* und *Dereliktion,* 93, nota 4, e 18 s.) houvesse pensado em ato jurídico *stricto sensu* de *negotiorum gestio,* o que de modo nenhum se pode confundir com o direito à venda.

O devedor pode pedir a venda judicial da coisa devida desde que haja mora do credor e não convenha o depósito, por excessivas as despesas, ou por temor de deterioração, ou outra razão de não se guardar a coisa devida. Ou se o credor está ausente, ou lhe falta representante legal, ou há incerteza quanto a quem seja.

Quando poderia ser pedida a consignação e essa não convém que se faça, é de pedir-se a venda judicial.

~Quando, pois, no direito brasileiro, se pode pensar em venda por justiça de mão própria?

A venda por justiça de mão própria serve, em primeira plana, aos interesses do devedor. Mas, se o devedor tem o direito de vender, e há de exercer a pretensão à tutela jurídica em petição ao juiz, há justiça de mão própria. Trata-se de venda judicial sem depósito em consignação; mais precisamente: de venda judicial para se depositar, depois, o apurado. Algo de incidental, antecipado, do processo de consignação, sem transformar o dever de prestar a coisa em dever de prestar o apurado (cp. L. Eeer, *Die Hinterlegung zum Zwecke der Bel reiung von Schuldverbindlichkeiten,* 15). Se a venda judicial não pode ser a tempo, ou não pode ser a tempo a decisão do juiz, examinados os pressupostos, cabe a venda de mão própria, em leilão, ou bolsa. Dá-se a sub-rogação da coisa pelo preço, se foram satisfeitos, a despeito da falta de decisão judicial; sem que se dê a liberação do devedor O credor continua com direito à prestação da coisa, de modo que recebe o apurado se a venda de justiça de mão própria foi pertinente. Não se deve pensar em ação de enriquecimento injustificado, como ocorreu a Martin Sohm (Der Selbsthilfeverkauf, *ZeitschriJt for das gesarnte Handelsrecht,* 53, 137). A relação jurídica obrigacional só desaparece se o apurado é recebido, ou o juiz julga que foi procedente o pedido de consignação em pagamento. A venda em justiça de mão própria não é, portanto, sub-rogado do adimplemento (certos, R Hirsch, ***Zur*** *Revision der Lehre vom Glàubigerverzurge,* 75; R. Haver, *Der SelbsthilJeverkauf,* 55; sem razão, J. Kohler, Zwôlf Studien, III, *Archiu for Búrgerliches Recht,* 13, 240 e 343). A venda é por conta do credor, sem que se reduza à figura da *negotiorum ges tio* (P. Hirsch, Zur *Revision der Lehre vom Glâubigerverzuge,* 73; sem razão, E Th. Ulrich, *Die Deposition und dereliktion,* 92).

Consignado o apurado, a relação jurídica acaba, se procedente o pedido de consignação. A consignação em pagamento é que émeio de extinção; não a venda em justiça de mão própria, nem a venda judicial

anterior à consignação. E preciso ter-se em vista que a consignação é relação juridica de direito público, e não de direito privado; e que é ela que extingue a dívida, ao sub-rogar-se ao pagamento. Por outro lado, pode ter havido a venda judicial, ou a venda em justiça de mão própria, sem já estar em mora o credor. Não há, à base da venda em justiça própria, gestão de negócios alheios, por arbítrio do devedor; se o sistema jurídico a permite, por se não poder exercer o dever de pedir a venda judicial, é porque, dadas as circunstâncias prementes e persistindo o dever, a venda é adimplemento desse dever, inconfundível com o dever de prestar, que pode ainda não existir. O devedor tem o ônus de alegar e provar que se compuseram os pressupostos para ela. Sem isso e sem a decisão do juiz, a consignação do apurado não extingue a dívida. Quem consigna pratica ato preparatório para que o bem passe ao patrimônio do credor. Quem pede a venda judicial, antes da consignação, ou para evitá-la, pratica ato que tem a sua função cautelar e apenas é *prius* em relação àfutura consignação do apurado. A consignação não se dá se a divida, no intervalo, se extingue *(e.g.,* o credor mesmo recebe o apurado), ou se se lhe encobre a eficácia (= prescreveu a pretensão do credor). A venda em justiça própria é apenas constitutiva de título para a consignação, tal como aconteceria à venda judicial antes da consignação.

O devedor deve notificar o credor: se é possível a notificação judicial, sem que o seja a venda judicial, tem de ser judicial a notificação; se não é, basta a notificação extrajudicial; se não épossivel *(e.g.,* o credor acha-se ausente, sem tempo para a notificação), não é de exigir-se a notificação prévia. A notificação, em tais espécies, contém interpelação; pode estabelecer mora, não libera. A notificação, ainda judicial, não cria ao devedor a impossibilidade de não mais prestar ao credor, diretamente, e sim apenas por efeito da consignação (R. Haver, *Der Selbsthilfever-kauf,* 67, sem razão, Martin Sohm, Der Selbsthilfeverkauf, *Zeitschrift* ***for*** *das gesamte Handelsrecht,* 53, 108 e 119). Com o apurado na venda judicial, pode dar-se a compensação; não com o apurado da venda em justiça própria, em leilão; se é certo que se dá a inserção in *locum rei* do apurado, não tem ele, antes de decisão trãnsita em julgado, no processo de consignação, ou noutra ação, os caracteres da dívida certa e liquida. Até esse momento, persistem o dever de prestar a coisa e o direito a essa prestação: a alegação de ter vendido é exceção, que acaba quando se extingue a relação jurídica, sem se ter de indagar, para se saber se há a incidência de tais principios, se o credor é, ou não, o dono da coisa (certo, Martin Sohm, Der Selbsthilfeverkauf, *Zeitschrift,* 53,113). Quanto à eficácia real, o devedor vende e obriga-se ao comprador

como figurante de contrato de venda *e* compra: o poder de dispor somente o tem o devedor se os pressupostos se compuseram para a venda em justiça própria. Se não se compuseram, o devedor dispôs do que não podia dispor; e as Conseqüências do seu ato são as mesmas do gestor de negócios alheios sem dispor e sem poder de representação.

A venda tem de ser por leiloeiro; salvo se também a esse respeito há o pressuposto negativo de não poder ser feita por leiloeiro. Então, faz-se por pessoa que o substitua. O lugar é aquele em que teria de ser prestada a coisa, salvo se há contra-indicação do lugar. Se houve cláusulas que não deveriam ser insertas, ou se algum

~Sto do devedor concorreu para que o preço alcançado fosse baixo, responde ele ao credor O devedor tem o ônus de prova de que foi observada a forma do leilão, ainda quando o credor alegue que teria sido mais favorável outro lugar para o leilão. Se há bolsa de mercadoria, ou bolsa, ou mercado, em que se fixe o preço, basta a venda por um dos corretores. As despesas são por conta do credor.

§ 196. Casos verdadeiros e casos falsos

1. *Prisão em flagrante por qualquer do povo.* O Código de Processo Penal, art. 301, diz: "Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais *e* seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito". Tal *prisão* não é ato de justiça de mão própria, mas ato de prisão em nome do Estado, suscetível de entrar no mundo jurídico como *ato punível* (Código Penal, art. 146). Aliás, Meio Freire *(Institutiones,* 1, 33), enumerando tal caso como de justiça de mão própria, errou; pois o Alvará de 20 de outubro de 1763, § 8, era claro. Os juristas alemães cometem o mesmo erro, porque não distinguem a prisão autorizada pela lei processual penal, que, no direito brasileiro, só é a em flagrante delito, *e* a prisão para compelir a pagar, que seria contrária à Constituição de 1988, art. 5º, LXVIII.

2. *Desforçamento.* O desforçamento segundo o art. 502 *(verbo* "esbulhado") é espécie de justiça privada.

Exatamente aí se procura excluir que haja justiçamento de mão própria; e só se admitir que haja a legitima defesa. Sem razão. Meio

Freire *(!nstitutiones,* 1, 33) incluiu-o entre as espécies de justiça de mão própria (itemque unusquisque potest possessionem, a qua fuit vi deiectus, per vim quoque, sed in continenti, recuperare, Ord. lib. 4, tit. 58, § 2). Cf. Código Civil alemão, § 859, e suíço, art. 926, 2ª alínea. No caso de turbação, sim, há legitima defesa.

3. *Arvores à extrema de prédio.* Diz o art. 558 do Código Civil:

"As raízes e ramos de árvores, que ultrapassarem a extrema do prédio, poderão ser cortados, até ao plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido" (cf. Código Civil suiço, art. 687). Os juristas alemães incluem a regra jurídica correspondente a essa no rol dos casos particulares de justiça de mão própria (O. Planck, *Komrnentar,* 1, & cd., 576 e 289, 1(. Maenner, *Das Sachenrecht* 166, III, 3. Biermann, *Das Sachenrecht,* 159, E Kretzschmar, *Das Sachenrecht,* 163; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 627).

A regra jurídica vem, transformada, do antigo direito alemão e através do direito comum entrou no direito português (Manuel de Almeida *e* Sousa, *Fascículo de Dissertações,* 1, 490). Já Antônio Cardoso do Amaral *(Summa seu Praxis ludicum et Advocatorum, verbo* Arbor) falava da praxe, porém havia pretensão, e não direito de cortar: ou se pedia o corte ao juiz, ou se exigia, com prazo, diretamente, ao vizinho (tempus intra quod adimere debeas); *se* não *atendia,* podia o que tivera invadido pelos ramos ou raízes o seu terreno de autoridade própria cortálos (et tunc si non adimas autoritate propria id facere possum, cum neminem, inveniam, qui me prohibeat). Então, havia a permissão da justiça de mão própria; não há hoje tal permissão; o direito do art. 558 é conteúdo do direito de propriedade do dono do prédio invadido pelos ramos e raízes. O

direito francês (antigo art. 672) mantinha duas soluções, a da *pretensão,* para os ramos, e o *direito de cortar,* para as raízes; depois, ainda se recompuseram, no mesmo sentido, os arts. *672* e 673, para se afastarem certas dúvidas (Th. Huc, *Conanientaire,* IV, 456 s.). Com a Lei de 12 de fevereiro de 1921, houve o direito de cortar *ronces et brindilles, à la limite de la ligne séparative.* Manuel de Almeida e Sousa *(Fascículo de Disserta çóes,* 1, 493) dá testemunho de que as simpatias, em Portugal, eram pela solução do direito a cortar.

Trata-se de *direito formativo* e de *direito de apropriação,* criado pela relação de vizinhança: o dono do prédio invadido pode cortar e ficar com os ramos e raízes. O possuidor, se os corta, ou se os corta e deles

se apropria, pratica ato conteúdo da sua posse e, pois, de sorte ligada a essa. (Alguns autores confundem o direito, a pretensão e a ação para que se cortem ramos e raízes, chegando ao disparate de direito a corte de ramos, fundado na L. 2, D., *de arboribus caedendis,* 43, 27, onde só se trata de interdito proibitório, como na Constituição de Alexandre Severo, que o estendeu às raízes; por exemplo, A. Vaílimaresco, *La Justice priuée* en *droit moderne,* 106). No direito argentino, art. 2.663, há a pretensão ao corte dos ramos e o direito a cortar as raízes: "Si las ramas de algunos árboles se extendiesen sobre las construcciones, jardines, ó patios vecinos, ei dueí"io de éstos tendrá derecho para pedir que se corten em todo lo que se extendiesen en su propiedad; y si fuesen las raíces las que se extendiesen en ei suelo vecino, eI duefio deI suelo podrá hacerlas cortar por si mismo, aunque los árboles, en uno y otro caso estén á las distancias fijadas por la ley" (cf. francês, art. 672; holandês, art. 714). Pretensão, não só ação, ali; aqui, direito de cortar.

4. *Penhor legal.* Os credores a que se refere o art. 776 (hospedeiros, estalajadeiros, fornecedores de pousada, ou alimento, dono de prédio rústico ou urbano) têm penhor legal e podem fazer efetivo o penhor, antes de recorrerem à autoridade judiciária, sempre que haja perigo na demora (art. 779), seguindo-se-lhe a homologação (art. 780). Com o ato, o possuidor imediato passa a ser mediato. Aí, atrata-se de justiça de mão própria, de ato de posse, *início* do processo de homologação (art. 780), a que corresponderia ato manda mental do juiz, ou de exercício do direito ao penhor legal? A espécie, no direito brasileiro, é de direito formativo modificativo *(Comentários ao Código de Processo Civil* de 1939, IV, 138-149), e não de justiça de mão própria *(aliter,* no Código Civil alemão, § 561). Resta saber-se se essas pessoas, que poderiam iniciar a penhora, podem impedir que o locatário retire os móveis submetidos ao seu direito de penhorar. Ainda não é penhorar, porque não surgiu a ação executiva. Seria arresto, em ato de justiça de mão própria. O direito civil austríaco, que não tem o § 561 do Código Civil alemão, chegou, através da doutrina e da jurisprudência, a afirmá-lo (M. von Stubenrauch, *Nommentar,* 1, 8ª ed., 419), a despeito do explícito art. 19, proibitivo da justiça privada.

5. *Interdito* quod vi aut clam *e exceção ao autor.* Na L. 7, § 3, D., *quod* vi *aut clam,* 43, 24, Ulpiano figurou hipótese para mostrar pensamento de Juliano: utilizo (utor) contra ti o interdito *quod vi aut clam* (isto é,

do que se faz violenta ou clandestinamente), apodes opor a mesma exceção *quod non tu vi aut dom fecisti?;* e mencionou a resposta de Juliano: é muito justo *(aequissinium)* que se dê a exceção; porque, se tu houveres edificado violenta ou clandestinamente e eu mesmo houver demolido violenta ou clandestinamente, e utilizares contra mim o interdito, a exceção há de aproveitar; o que, nos outros casos, nao deve proceder, se não se há causa necessária grande e bastante; nos demais casos, convêm que tudo isso só se dê por intermédio do juiz. Deve-se a H. Titze *(Die Notstandsrechte,* 57) análise dessa L. 7, § 3, no que revela do pensamento romano, a proposito da justiça de mão própria *ex magna et satis necessarsa causa:* se há a razão magna e bastante da necessidade, o segundo pode proceder *vi aut dom,* em vez de recorrer à justiça; noutras circunstâncias (alioquin), não: o juiz é que tem poder para intervir. Se nos colocamos nos nossos dias, o art.

502, *verbo* "esbulhado", é limite temporal à autotutela normal; não no é à autotutela *ex magna et satis necessaria causa.* Se a espécie ocorre, têm os juizes de entrar no exame do direito e da *magna et satis necessdrla causa:* nos outros casos *(alioquin),* o limite temporal do art. 502, *verbo* "esbulhado", há de prevalecer, e qualquer demanda há de se celebrar perante o juiz estatal ou arbitral (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, arts. U e 2ª), independentemente de homologação judicial, diversamento do que se passava na sistemática anterior, desde o Código de 1939, art. 1.045 *(Comentários ao Código de Processo Civil,* VI, 565 e 581): "alioquin haec omnia officio iudicis celebrari oportet".

O

Decreto nº 29.124, de 12 de janeiro de 1951, disse que o montante das contribuições devidas aos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões poderá ser verificado, a qualquer tempo, pela instituição credora, nos livros e comprovantes discriminativos de pagamentos de salários que os empregadores são obrigados a possuir em ordem *e* a exibir, na forma determinada nos arts. 2ª e 6ª do Decreto-Lei nº 65, de 14

de dezembro de 1937". Tal regra jurídica não podia nem outra simile pode ser interpretada atribuindo-se a pessoas jurídicas de direito privado, ou público, não-estatais, exercício de poder público e incursão na esfera jurídica das empresas. Seria justiça de mão própria, o que só a lei em determinados casos de premência poderia permitir, tanto mais quanto o art. 59, XXXV, da Constituição de 1988 pôs bem claro, como particularidade observada a partir da Constituição de

1946, art. 141, § 49, pois tal explicitude faltara nas anteriores Constituições, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." Examinar livros para comprovar ou apurar montantes, sem ser através dos juizes, é exercício de justiça privada ou de mão própria, *self-help, justice privée, .Selbsthilfe.*

Ora, passada a Idade Média, vivemos já sob o sistema da tutela jurídica estatal, e esse monopólio estatal somente cede onde o Estado não pode assegurá-la *(e.g.,* Código Civil, art. 502, *verbis* "restituir-se por sua própria força"). Mas, ainda para o exercício da justiça privada, quando ela é, *in casu,* admitida, é preciso que haja a *pretensão do justiçador ao ato,* o perigo de se tornar impossível ou assaz difícil, sem a ação imediata, a realização da pretensão, e o não se poder obter a justiça pública, de que a justiça privada é sucedâneo (cf. E

Heyer, Die Selbsthúlfe, *Archiu for BOrgerliches Recht,* 19, 52 5.; H. Titze, *Notstandsrecht,* 121). O art. 39

do Decreto nº 29.124 não fora *lei;* ainda se lei fosse, estaria, *de iure contendo,* contra a técnica legislativa contemporânea *e* os princípios da civilização ocidental, e, *de iure condito,* contra o art. 141, § 49, da Constituição de 1946 o art. 153, § 4ª, da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969, e o art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988 e o principio fundamental de indelegabilidade da função judiciária.

§ 197. Se há direito subjetivo à Autotutela

1. *Justiça de mão própria e mundo jurídico.* tHá direito subjetivo à justiça de mão própria? O problema torna-se mais preciso, mais delicado e mais relevante, depois de termos mostrado não haver direito subjetivo à legítima defesa e ao ato em estado de necessidade. ~Passa-se o mesmo com justiça de mão própria? Como a medida cautelar e o começo de execução (penhora) privada, ~está ela no mundo jurídico, em vez de somente lá fora, no mundo fático? No direito romano e no direito germânico, como nos outros, após o monopólio da justiça pelo Estado, a justiça de mão própria, como a medida cautelar e a penhora sem julgamento estatal, que foram formas limitadas de justiça de mão própria, tem de se submeter, fundamentalmente, ao *princípio da onipresença do direito objetivo:* ou *a)* ela é permitida, e a regra juridica sobre ela é regulamentadora, fixadora do suporte fático suficiente a que ela *entre* no mundo jurídico, como ato jurídico lícito, que é; ou *b)* ela é proibida, e a regra sobre ela

fixa o suporte fático suficiente a que ela *entre* no mundo juridico como ato ilicito. A técnica da Lei das XII Tábuas, da *Lex Salica* e das outras foi sempre a de apontar o que cabia em *a* ou em *b.* A regulamentação começara, aliás, antes de se ultimar a monopolização da justiça pelo Estado: esse monopólio foi a forma última, após a organização estatal da justiça privada. Algumas vezes, foi instituida a *oposição* perante a justiça de mão própria ao julgado de mão própria (cf. P. Collinet, *La Saisie privée,* 126, sobre costumes do norte da França). A pena funcionava para o devedor, que se rebelava, e para o credor, que se enganava (= não teria a sentença estatal favorável). A justiça de mão própria ia-se estatalizando e deixando, portanto, de ser; a que hoje se pratica é residual, e alguns casos, em vez de passarem ao Estado, se fizeram conteúdo de limitações a direitos. Assim, a justiça privada não se elimina somente pela intromissão do Estado; elimina-se também por se converter em exercício de direito o que era exercício de direito àtutela jurídica. O Estado, que não poderia chegar ao monopólio da justiça sem atravessar as fases de regulamentação da justiça privada, insinuando-se aos poucos, também a excluiu, não menos lentamente (a história germânico-romana do art. 558 é exemplo disso), trocando o ato de justiçamente por ato de exercício de direito. No art. 558 do Código Civil brasileiro, como no art. 2.663, 2ª parte, do Código Civil argentino, há exercício de direito das coisas, não há julgamento; na justiça de mão própria, o exercício é do direito a julgar em causa própria, — direito a que corresponde o direito à tutela jurídica estatal, de que nasce a *pretensão* à *tutela jurídica,* que é de direito público e pré-

processual.

2. *Significação jurídica da justiça de mão própria.* A justiça de mão própria ainda hoje praticada, se permitida, é exercício de direito subjetivo a sobrepor-se a outro e a si mesmo, para aplicar o direito objetivo.

Erro é, portanto, dizer-se que é exercicio de direito subjetivo à legítima defesa, ou do ato em estado de necessidade; porém a justiça de mão própria, *quando* é *permitida,* constitui exercício de direito subjetivo. O direito alemão (§§ 129-131) e o suíço das obrigações (art. 52, alinea 3ª) puseram-na no direito civil. ~É de direito civil? Seria difícil defender-se tal qualificação no estado atual da organização da vida, sem se atender a que o juizo arbitral também se incluia no direito privado. Os argumentos seriam os mesmos. O ~c *Ninguém se pode fazer justiça a* si *mesmo* é de direito público. As exceções ao

princípio, se surgem, têm de ser reguladas no direito privado, pelas repercussões nas situações jurídicas entre o titular-justiçador e o justiçado. Onde quer que se haja monopolizado a justiça, a justiça estatal havia de lutar contra a justiça de mão própria, a *SelbshOlfe,* o *self-help,* para ocupar o seu lugar; onde não lhe é possível, de todo, ocupá-lo, deixou que existisse.

3. *Justiça de mão própria e direito de tutela jurídica.* A justiça de mão própria é distinta do exercício do direito, pretensão, ação,ou exceção, que se deduz, para se aplicar, *de* motu *proprio,* o direito objetivo.

Exercer o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, é realizá-lo em seus efeitos, talvez exaurientes; exercer o direito à justiça privada é aplicar o direito objetivo, *a que outrem desatendeu,* e até certo ponto realizá-lo. O

exercicio do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção, que ali é continente, autônomo, aqui é conteúdo de decisão explícita ou implícita no ato de autotutela. A justiça de mão própria supõe resistência; o exercicio do direito, da pretensão, da própria ação e da exceção, não na supõe; pode ter ocorrido, ou não; pode ocorrer, ou não; pode vir a ocorrer, ou não. A justiça de mão própria supõe estado de necessidade, mas já no plano da tutela jurídica; o ato em estado de necessidade (art. 160, II) passa-se no plano do direito material ou formal.

Essas precisões são indispensáveis para bem se ver onde se *situa* o direito subjetivo da justiça de mão própria.

§ 198. Reparação do dano

1. *Ato não-contrário a direito.* Se a justiça de mão própria cabia, o ato não foi contrário a direito; se não cabia, foi contrário a direito e, constituindo ato ilícito, dá ensejo a dever de indenização. No caso de erro, é preciso que haja negligência (art. 159 do Código Civil brasileiro; argentino, arts. 1.100 e 1.101). Não tem o direito brasileiro o § 231 do Código Civil alemão (“ainda se o erro não resulta de negligência”, *Fahlássigkeit);* mas, no próprio direito alemão, se bem que se tenha visto no § 230 regra jurídica de responsabilidade objetiva

(= sem culpa), a opinião dividiu-se: pelo ato ilícito absoluto (delito), P. Oertmann *(Aligemeiner Te,* 2ª ed. 675), H. Titze *(Die Notstandsrechte,* 130), G. Planck *(Kommentar,* 1, Q ed., 578; contra, sem razão, E. Eck *(Sammlung* von *Vortràgen,* 1, 224), R. Leonhard *(Der Allgerneine Te,* 217), e O.

Warneyer *(Kommentar,* 1, 389). O louco, o surdo-mudo e o menor absolutamente incapazes não respondem.

Pode haver culpa do encarregado da vigilância ou guarda (art. 1.521, 1 e II; díacronicamente, Decreto nº

17.943 A, de 12 de outubro de 1927, art. 74). Não se precisa, depois do Decreto nº 17.943 A. De 12 de outubro de 1927, recorrer à analogia (com o § 829, no direito alemão, L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª

ed., 627, nota 12).

2. *Monopólio estatal da justiça e ato de justiça de mão própria.* Se o ato de justiça de mão própria só dá ensejo ao dano se há culpa, então o monopólio da justiça não produz, para os particulares, direito absoluto, como os direitos de personalidade, para cuja violação a reação do sistema jurídico é a pretensão à separação ainda sem culpa. No direito brasileiro, a Constituição de 1988, art. 5º, XXXV, estatui que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." Porém esse art. 52, XXXV, nada tem com o principio da vedação da justiça de mão própria. Nem nas espécies em que essa é permitida se exclui a apreciação judicial.

§ 199. Eficácia da decisão-ato de justiça de mão própria.

1. *Sentença e ato-decisão de justiça de mão própria.* A eficácia da decisão-ato não é a eficácia *sentencia!,* porque, por exemplo, ainda quando a carga de declaratividade é grande, não há eficácia de coisa julgada material. Falta-lhe a estatalidade; não há *força* de coisa julgada formal, nem material. Nem, por si só, constitui, condena, nem manda, nem executa, para as Conseqüências das sentenças (estatais) de constituição, condenação, mandamento, ou execução. A eficácia própria da decisão-ato é a de estabelecer, licitamente, situação que, se

não se tratasse de justiça privada permitida, seria ilícita, ou, pelo menos, geradora da responsabilidade. No que ela não se excedeu, não há contrariedade a direito, não há ilicitude, nem reparação pelo ilícito, nem reparação pelo ato-fato jurídico. E exercício regular de direito (art. 160, 1, 22 parte) e qualquer responsabilidade seria *tão* estranha à sua natureza quanto a responsabilidade pelo exercício das ações perante a justiça estatal. Nenhuma ação possessória cabe contra a tomada da coisa em virtude de estrita justiça de mão própria; nem legitima defesa. No plano das obrigações, bá exemplo que muito esclarece: A vende a E a coisa, entrega-a, e E paga a metade do preço, prometendo pagar-lhe o resto em trinta dias; não no faz; A poderia pedir a resolução do contrato, invocando o art. 1.092, parágrafo único, porém não há tempo, porque E vai vender a outrem a coisa e não há juiz naquele dia. Retoma A a coisa. E vai com a ação de resolução, pois pagara a metade; A alega que não procedeu contrariamente a direito (F. Heyer, Die Selbsthúlf *e, Archiu fúr Búrgerliches Recta,* 19, 102) e reconvém, pois que fora E o infrator da obrigação contratual. O juiz tem de decidir pela resolução, na reconvenção; não, na ação de B.

Uma vez que a legítima defesa supõe, do outro lado, ato contrário a direito e a justiça de mão própria não no é, não se pode pensar em legítima defesa contra ato de justiça de mão própria.

2. *Excesso* na *justiça de mão própria, a)* O justiçador não pode ir além do que é *necessário* à tutela jurídica; b) os meios de que pode usar são apenas aqueles de que poderia usar a justiça estatal, atendidas as regras jurídicas sobre pressupostos necessários; *c)* responde pelo risco. Quanto a *a,* é questão de fato, porém o juiz não tem arbitrio puro na apreciação, uma vez que as regras jurídicas relativas às ações perante a justiça estatal têm de ser observadas. O excesso é exercício irregular, abuso do direito (art. 160, 22 parte). A construção no direito brasileiro é mais científica do que no direito alemão, porquanto, nesse, o abuso do direito tem o elemento, *a mais,* da intenção de lesar, que o direito brasileiro não exigiu. A discussão na doutrina alemã não nos interessa, na solução, porque outra é a concepção do nosso direito. No que há excesso, os arts. 159 e 160, 1, 2ª parte, é que têm de ser invocados, e basta a negligência.

3. *Despesas do justiçamento.* As despesas necessárias à justiça privada recaem sobre o justiçado, ou sobre o justiçador, conforme as regras

jurídicas que seriam de invocar-se se se tratasse de ação perante a justiça estatal. É preciso ter-se sempre em vista que, satisfeitos os pressupostos necessários à justiça de mão própria, há direito subjetivo, *que se exerce* (H. Titze, *Die Notstandsrech te,* 121), há remédio, que corresponde ao remédio processual e o substitui *(E* Heyer, Die Selbsthúlfe, *Archiu for Búrgerliches,* 19, 109).

4. *Medida cautelar e medida de iniciação executiva.* Se a medida adotada foi cautelar, e *não* se transformou, apenas se operou entrada na posse, *não-contrária a direito.* Não há pensar-se em direito de penhor, nem em direito de retenção; apenas se realiza o que é elemento fático, indispensável à mesma medida, quando decretada pela justiça estatal. Se a satisfação não se opera tem o justiçador de ir a juízo e pedir a mesma medida, em justiça estatal, uma vez que, *ex hypothesi,* não se deu, ainda posteriormente, a tradição, nem o Estado executou forçosamente, o que a ele mesmo só se permite após longo processo, para conversão da coisa penhorada em dinheiro etc. Negada a medida cautelar ou de penhora, o ato de justiça privada foi *contrário a direito* (ou se tornou contrário a direito, *e.g.,* se ocorreu pagamento posterior a ele, o que teria tido como consequência o dever de restituição); a responsabilidade é pelo ato ilícito (art. 159) e, está claro, a restituição é imediata, com as demais Conseqüências de direito penal.

Se o justiçador, que tomou a coisa, atuou como se lhe permite (com a satisfação dos pressupostos e nos limites do seu direito e exercício), tem titulo executivo, pode, *desde logo,* pedir a execuçao forçada, de modo que a sua medida cautelar é substituida pela penhora, sem que se lhe possa argUir contrariedade a direito. A penhora apenas aproveita para o seu suporte fático os elementos fáticos da medida cautelar de justiça de mão própria. Se não tem título executivo, somente lhe é dado pedir a medida cautelar de justiça estatal, propondo a ação no prazo do art. 806 do Código de Processo Civil, se é o caso. Se deixa de pedir a execução forçada, ou a medida cautelar, deve restituir a coisa, se a satisfação não sucedeu por outra razão, *e.g.,* dação em soluto. Se o justiçador, que devia restituir, não restitui, é como se persistisse em ficar com a coisa roubada ou furtada. Outrossim, se o que deve ir a juízo, logo que *cesse* a falta da justiça estatal, não providencia, feito o justiçamento, entendendo-se que desde o momento do ato de justiça de mão própria lhe cabe providenciar; e responde pelos danos, ainda se o retardamento foi por negligência (art. 159). Aqui, a justiça privada, licita, é seguida, no tempo, de infração de providência, cessada a *magna et satis necessaria*

causa.

§ 200. Conseqüências do erro no justiça

1. *Responsabilidade* do *justiçador.* Se não era caso de justiça de mão própria, qualquer que tenha sido a falta de pressuposto, e ainda que o justiçador creia que todos os pressupostos estão satisfeitos, responde ele. Não se tendo composto o suporte fático da regra jurídica que permite a incursão na esfera jurídica alheia, para se fazer justiça de mão própria, a contrariedade a direito dos atos cio justiçador está intacta. Comete ele ato ilícito e a sua responsabilidade é segundo o art. 159, além da responsabilidade penal em que incorra. Resta saber se o ato seria gerador de responsabilidade sem culpa, ou se somente cairia sob o art. 159. No direito alemão, há a regra jurídica explícita (§ 231: "auch wenn der lrrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht"): a responsabilidade se funda na culpa, conforme já se disse. No direito brasileiro, é preciso, *pelo menos,* a negligência.

2. *Direito penal brasileiro e justiça de mão própria.* No Código Penal, art. 345, na enumeração dos crimes contra a administração da justiça, diz-se: "Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permita: Pena — detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência". Parágrafo único. "Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa". Se a lei não cobre o ato, isto é, se lhe não retira a contrariedade a direito, o Código Penal incide. Lei, aí, é a *regra jurídica escrita* ou a *regra jurídica não escrita.* Se o caso não entra na classe daqueles que *são* de direito de justiça de mão própria, o Código Penal incide, como o art. 159**. A** lei penal não exige o prejuízo ao justiçado, ou a outrem; *não* assim o art. 159. De modo que o ato pode ser contrário a direito, no plano civil, sem obrigar a reparação, porque não houve dano; e contrário a direito (penal), mas punível, a despeito de não ser causa de reparação.

O Código Penal nada tem com a obrigação de reparar. Aliás, segundo a boa doutrina (H. Titze, *Die Notstandsrech te,* 130). A alusão do art. 345 do Código Penal, *verbis* "justiça pelas próprias *mãos",* não é ao débito civil, com as suas Conseqüências de reparação, mas ao suporte fático para que a regra de pré-exclusão da contrariedade a direito incida.

Contra a justiça privada *punível* há sempre a legítima defesa.

O

excesso da justiça privada é *punível* como a justiça privada ilícita, pois é ilícita no excesso. No direito civil, é abuso do direito, portanto ato ilícito (arts. 159 e 160, 1, 2ª parte).

O

que é da máxima importância, no tocante ao direito penal, é que se não considerou punível, em si, a justiça privada; considerou-se punível quando contrária a direito (= não permitida).

§ 201. Conclusões

1. *Justiçador,* no *lugar do juiz. (a)* Justiça de mão própria somente há se se substitui o titular do direito, pretensão, ação, ou exceção, à justiça estatal. Justiça de mão própria somente se permite onde concorrem os pressupostos necessários para que a substituição se dê. A vendeu, com a forma legal, o imóvel a e B, sabendo que A vai assinar a escritura de nova venda a para que C registre, antes, o seu titulo, impede, o quanto seja preciso, que A vá assiná-la na cidade, enquanto B leva a sua escritura ao cartório de registro de imóveis. O

ato de B é grave, mas *magna et satis necessaria causa;* e o juiz, tanto civil quanto penal, tem de examinar o caso, se lhe for submetido, em ação declaratória, proposta por B, ou em *ação* dos outros interessados.

(174 Os meios de que pode lançar mão o titular são os mesmos de que poderia lançar mão a justiça estatal. A detenção, por exemplo, é permitida somente onde o seria a prisão civil. Se a obra nova é perigosa, pode o vizinho, *magna et satis necessa ria causa,* demoli-la (cp. Código de Processo Civil, arts. 934-940). Tal o *princípio da coextensão dos meios.*

(c) A decisão-ato de justiça de mão própria ou *a)* se integra em adimplemento, ou negócio jurídico satisfativo, de modo que a vontade

do devedor, ou do ofensor, dispensa a apreciação judiciária, ou *b)* vai a exame da justiça estatal, que então dirá da necessidade (falta da justiça estatal + irreparabilidade ou grande dificuldade de reparação do dano, se não se emprega a justiça de mão própria), com que o titular do direito, pretensão, ação ou exceção atuou. A grande dificuldade é equiparada à irreparabilidade.

(d) A decisão-ato é incompleta como decisão, pois *não* tem eficácia de coisa julgada: na matéria julgada de mão própria não há preclusão para a apreciação pela justiça estatal, a que fica sujeita, eventualmente, salvo se a lei *não* o estatui como elemento integrativo necessário, a decisão-ato do justiçador. Se a lei o estatui dissemos; porque, se o *não* faz, só o que sofreu o justiçamento e o justiçador são legitimados a exercer a pretensão à tutela jurídica para a apreciação do fato mesmo da justiça de *mão* própria, da sua existência, permissibilidade e eficácia. De ordinário, não se exige qualquer função integrativa, por parte do Estado, nem, sequer, propositura obrigatória de ação. A justiça privada somente precisa da intervenção da justiça do Estado quando a medida tomada pelo justiçador foi imperfeita, necessitante de solução que a ajuste ao direito material (F. Heyer, SelbsthUlfe, *Archiu for Bdrgerliches Recht,* 19, 65). É o que ocorre a quem, por exemplo, arresta, ou seqUestra bens, *magna et satis necessa ria causa.* Substitui-se ao juiz, no que concerne à segurança, mas há de ser observado o art. 806 do Código de Processo Civil. Se o devedor aquiesce, a satisfação opera-se, e não há mais necessidade de se propor ação (E Heyer, 65: “Sie [die gerichtliche SchritteL. Sind daher unnôthig, wenn der Glâubiger nach ausgetibter SelbsthUlfe zur Klage keinen Anlass mehr hat: as medidas judiciárias são dispensáveis — aliás improcedentes — se o credor, após a justiça privada exercida, não mais tem base para ação). Se o justiçador não obtém a transformação da medida cautelar em satisfação, nem propõe ação, dando conta do que fez, ou se a espécie não é de restituição da coisa mesma, tem o justiçador de restitui-la. Há, porém, o problema de se saber quando a transformação da medida cautelar em satisfação se opera. Tratando-se de direito real, opera-se por força da natureza mesma da pretensão:

o que foi cautelar poderia ter sido, *ab* initio, satisfativo. Tratando-se de direito de crédito, a satisfação depende de se comporem os pressupostos do adimplemento. O problema desloca-se do plano da pretensão à tutela jurídica para o plano do direito material.

(e) Se há direito, que se possa exercer, sem se exigir de outrem, só o

ato ou a abstenção de outrem, contrária a ele, pode suscitar a justiça de mão própria. Se o direito é mutilado (sem pretensão, ou sem ação), não se pode pensar em justiçamento privado: não se estaria a substituir a tutela jurídica estatal; estar-se-ia a admitir àquele onde essa não caberia. Sem ação, ou exceção, não há justiça privada. Não se pode justiçar de mão própria a alguém por dívida de jogo (art. 1.477; E Heyer, Die SelbsthUlfe, *Archiv fúr Búrgerliches Recht,* 19, 59); nem se impor o restabelecimento da sociedade conjugal, ou a prestação de serviços (G. Planck, *Kommentar,* 1, 4ª cd., 574). A coisa precisa ser penhorável, se se intenta a satisfação, ou arrestável, seqúestrável, ou por outro modo suscetível de constrição, se só se busca a segurança. Os pressupostos da penhora, ou da medida cautelar, hão de estar juntos, inclusive quanto às regras de graduação.

(fl A ação, suscetível de exceção, *não* pode justificar que se exerça a justiça privada além do momento em que a exceção é exercida; a exceção, se é das que precisam de atendimento, pelo risco de se perder, ou de se dificultar demasiado, basta à justiça privada, se os outros pressupostos se juntam.

A dificultação é grande e, pois, bastante, tal como a impossibilidade, quando a satisfação posterior não teria o mesmo valor para o titular do direito, pretensão, ação ou exceção. O que vai para o estrangeiro, com os seus bens, não impossibilita, mas enormemente dificulta a execução, máxime em se tratando de Estados que não cumprem rogatórias do Brasil. Claro que a suspeita ou o simples terror da viagem *não* seria suficiente, nem a suspeita ou temor de abertura de concurso de credores. A ação rescisória proposta contra o que venceu, no tocante à existência da pretensão, ou da ação, ou da exceção, não impede a justiça privada (cp.

Schwarze, Selbsthilfe, em J. Weiske, *Rechtslexikon,* 10. 140). Não basta que o exercer a pretensão à tutela jurídica estatal, em vez da justiça privada, seja mais demorado, se não há perigo na demora (de impossibilitação ou dificultação grave).

(g) Um dos pressupostos é que a justiça estatal não possa tutelar, a tempo, o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção. Portanto, que, devido a guerra, revolução, inundação, peste, terremoto, incêndio, ou interrupção duradoura da vida pública, o juiz ou a polícia, ou o juiz e a polícia não possam atender à pretensão à tutela jurídica estatal; ou se o juiz é sediado demasiadamente longe e não é caso de ação da

policia, ou é caso de polícia, e não na há no lugar; ou se a justiça estatal, ou a polícia, contrariamente a direito, não quer tomar conhecimento da petição (H. Titze, Die *Notstandsrech te,* 123); *aliter,* se conhece e indefere, ou conhece e protela.

(h) Foi erro dos que assimilaram a justiça de mão própria à legítima defesa e ao estado de necessidade atribuí-la ao interessado ou a outrem. Outros confundiram o exercício da legitima defesa, ou do estado de necessidade, com a responsabilidade, perante o ofendido, ou do ofendido perante o terceiro: há direito à justiça privada de que só é titular o que o é do direito tutelado, donde só se poder admitir o exercício dela pelo que tem dever de autuar e pelo gestor de negócios; ao passo que qualquer pessoa pode atuar em legitima defesa, ou em estado de necessidade, regrando-se pela relação entre o terceiro e o ofendido a responsabilidade de um para outro. Quanto a poder o justiçador ter o auxílio de outrem, a questão é delicada.

Argumenta-se, por exemplo, que o próprio oficial de justiça não pode ter o concurso de terceiros (exceto a força policial necessária, Código de Processo civil, art. 662). Mas ai o auxílio dos particulares substitui o da força policial (cf. F. Heyer, Die Selbstholf e, *Archiu fúr Búrgerliches Recht,* 19, 67 s.).

(i) A justiça de mão própria não está sujeita a feriados ou a férias, desde que no feriado ou no dia de féria tenha de ser praticado o ato ou praticados os atos; nem está sujeita às horas do dia.

VI. Consentimento da vítima

§ 202. Dados do problema

1. *Pré-exclusão da contrariedade a direito.* Tratemos agora do *consentimento da vítima,* como causa de pré-exclusão da contrariedade a direito. Diz-se que o consentimento, que pode ser expresso ou tácito, exige capacidade e é suscetível de impugnação em caso de vicio da vontade. Seria, portanto, por deficiência do suporte fático, nulo, ou anulável. Ora, para se pensar em nulidade (incapacidade, ilicitude), ou anulabilidade (incapacidade relativa, vícios de vontade), seria preciso

que se supusesse existência, entrada no mundo juridico, onde ocorresse o nulo, ou anulável. Exatamente estamos a falar de espécies de consentimento que não entram, nem deixam entrar no mundo jurídico o ato consentido. Mais ainda: acrescenta-se que se requere o poder de disposição e pode ser revogado até ser produzida a intromissão. Quanto ao poder de disposição, é fácil de entender-se que o consentimento pré-excludente da contrariedade a direito somente se possa originar de quem pode dispor do bem da vida, e não de quem quer que seja. ou quanto a bem da vida, que seja indisponível (= não suscetível de se dele dispor): por isso mesmo, não é consentimento o de terceiro, nem o é o do titular do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção, no tocante ao bem de que ele mesmo não pode dispor, como o consentimento para que alguém atente contra a vida do consentinte, ou contra os seus direitos irrenunciáveis, ou contra os seus bens inalienáveis. Quanto ao ilícito, que tornaria nulo o negócio jurídico, se se tratasse de consentimento elemento do suporte fático de negócio jurídico, pré-exclui esse o consentimento, porque não poderia pré-excluir a contrariedade a direito consentimento que de si mesmo já seria contrário a direito. Também aqui tudo se passa no mundo fático, antes de qualquer entrada no mundo jurídico; por conseguinte, fora absurdo falar-se de nulidade por ilícito (ilícito nulificante). Restam o problema dos vícios de vontade e o da revogabilidade. A revogação é possível enquanto não se produz o ato; se, ao produzir-se, já a i"ox fora retirada, *vox* não há que pré-exclua a contrariedade a direito: o ato, que se pratique, surge contrário a direito e entra no mundo jurídico como ilícito, absoluto ou relativo. Nenhum inconveniente há em se empregar o termo "revogabilidade", porque pertence ao mundo fático e, quando se aplica a atos jurídicos, se tem de construir como supressão excepcional do elemento *vox* ao suporte fático já entrado no mundo *(e.g.,* revogação da procuração, pois a outorga vai estendendo, no tempo, a *vox,* em suporte fático duradouro). O

dolo, como vício da vontade, se não exsurgiu ato jurídico, pré-exclui o consentimento: está-se no mundo fático, e esse consentimento, quc se obteve por dolo, não foi consentimento (plano da existência); donde ser absurdo cogitar-se de anulabilidade, que é no plano da validade, *posterius* em relação à existência, o que se há de estudar a respeito dos atos jurídicos (existentes). Quanto ao erro, o consentimento; que pré-elidiria a contrariedade a direito, o pré-exclui: consentimento fundado em erro não é, no mundo fático, consentimento, mas simples aparência; de anulabilidade somente se poderia cogitar se o suporte fático, embora deficiente, houvesse entrado no mundo jurídico, *e isso não se deu.* O mesmo raciocínio há de ser feito quanto aos outros

vicios de vontade (simulação, fraude contra credores). Naturalmente, na simulação que prejudique a terceiro, a má-fé impede que se elimine, com o consentimento, a contrariedade a direito: na simulação para violar regra jurídica, o direito se contradiria a si mesmo se permitisse que tal consentimento bastasse à pré-exclusão da contraritcdade a direito. Na fraude contra credores, na má-fé atua à semelhança do que se disse a respeito do dolo, e aqui com dupla razão, pois está nos dois agentes, o ativo e o passivo (consentinte).

A consequência do que se disse sobre as pretendidas causas de nulidade ou de anu1abilídade, em verdade meras causas de não-pré-exclusão da contrariedade a direito, consiste em que o ato, cuja contrariedade a direito teria sido pré-excluida pelo consentimento, permanece contrário a direito, elemento portanto de suporte fático do ilícito, uma vez que o consentimento mesmo foi pré-excluído.

2. Revogação do *consentimento.* A revogação do consentimento dado só se passa no mundo fático, mas suscita a questão de ser *unilateral* ou *bilateral* o consentimento mesmo. Ou a) só se lhe exige a expressão ou tacitude (manifestação), ou *b)* se exige a recepção pelo agente a quem se destina, ou *c)* a bilateralidade. A terceira solução é de afastar-se desde logo, porque do outro lado não está *vox,* mas ato; ou, pelo menos, basta o ato. A primeira, que não vê necessidade de construir o consentimento pré-excludente como recepticio, foi importada do direito penal (K. Binding, *Die Normen und ihre Ubertretung,* II, 2ª ed., 126 e 485; J. von Olshausen, *Kommentar zum .Strafgesetzbuch,* 1, 256; R. Honig, *Die Einwilligung des Verletzen,* 116 5.; W.

Sauer, *Grundlagen des Strafrechts,* 333 s.): o consentimento da vítima pré-exclui, *ainda* que o agente não tenha recebido a manifestação de vontade da vitima.

A segunda foi a de E. Zitelmann (Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiu,* 99, 59): a manifestação de vontade teria de chegar ao destinatário. Influência evidente da teoria dos negócios jurídicos, a que o jurista assimilou tais consentimentos, tanto quanto, para a primeira, concorreu a analogia com o consentimento do dono na gestão de negócios. Mas aí se presume a vontade, e não seria admissivel que o consentimento, não recebido, pré-excluisse, se o agente não poderia presumir que o lesado consentisse. O argumento maior, a favor da primeira opinião, é o de que o consentimento pré-exclui a contrariedade a direito, como elemento comum do suporte

fático do ato ilícito, e não a culpa; de modo que tudo tem de ser visto objetivamente, e não *a parte subjecti.* O consentimento existe e pré-exclui ainda que o agente não tenha tido qualquer notícia dele. Se houve recepção, porque o consentinte a quis, ou dela soube, é certo que a revogação do consentimento tem de ser comunicada ao agente. Só após essa comunicação, ou, pelo menos, após o conhecimento da revogação pelo agente, o ato será contrário a direito. Mas isso nada prova a favor da segunda opinião; nasce pelo *princípio* do sime *tria atual da* revogação: toda revogação tem de ser feita como negativa de manifestação de vontade, ou de outra manifestação, tal como se acha no momento da revogação.

Procurou-se identificar essa revogação de consentimento com a do operando *até que* o médico inicie, já desaconselhavelmente suspensivel, a operação; mas há de entender-se a operação que foi consentida, antes de se iniciar, ou nos primeiros momentos, recobrando os sentidos o paciente, e não a operação que o médico julga de urgência fazer-se, estando em estado de choque, ou de incapacidade, sem representante, o paciente.

O

poder de disposição, que se exige à existência do consentimento, funda-se em que, se o consentimento é dado por aquele que não tem o poder de dispor, o ato é contrário a direito por parte do consentinte e do que se faz destruidor ou reduzidor do bem, havendo suficiência do suporte fático para a entrada dos dois atos, *de per* si, ou juntos, no mundo jurídico, produzindo o ato ilícito. A cessação do poder de disposição sem revogação prévia, ou sem revogação comunicada, quando seja preciso comunicar-se, ou, pelo menos, ser conhecida, é inoperante. Operaria, após a passagem do poder de disposição a terceiro, a revogação por esse,

— não a revogação por aquele que perdeu o poder de disposição. Se o que o perde revoga, simúltaneamente à perda, o consentimento dado, ou se o faz depois, a contrariedade a direito ainda se estabelece, no primeiro caso, em virtude da anterioridade a qualquer ato, ou, no segundo caso, se cabe pensar-se em intromissão do que tinha o poder de dispor.

O assunto leva-nos ao problema de se saber se há consentimento irrevogável em algumas espécies de consentimento prévio. Os juristas têm-no tratado muito à flor; e mal se lhes colhem. aqui e ali, algumas

linhas. Não saiu, por exemplo, A von Tuhr *(Der Allgemeine Te,* III, 469) do terreno da posse: se, com o consentimento, se foi a posse da coisa, é irrevogável; se não se foi, é revogável, pelo princípio de que toda intromissão na posse importa exercício de direito por autoridade própria, e está proibida, sem se ter de levar em conta a relação juridica existente entre as pessoas figurantes. A confusão é lamentável. A posse da coisa, concedida ao que a vai danificar, ou destruir, pelo consentinte na violação, *não* fica ofendida ou retomada, se o consentinte, que poderia revogar o consentimento dado, o revoga: o consentimento pode ser revogado, sem se tomar a posse; e o que ia destruir ou danificar a coisa, conhecendo a revogação, atua contrariamente a direito se a destrói ou danifica, usando a sua posse. A entrega da posse somente pode ter a consequência de fazer-se presumir que o consentimento se deu com intenção de irrevogabilidade: presumir-se, somente. Para que o consentimento se faça irrevogável, é preciso que e/e entre no mundo juridico, porque o mundo jurídico é que é *vinculan te;* ninguém se vincula, juridicamente, no mundo fático: todo vínculo, só no mundo fático (= só não-jurídico), seria, para o jurista, vínculo moral, econômico, político, artístico, religioso, ou de regras de bom tom etc.; e a revogabilidade seria livre, para o jurídico.

Donde ser *contradictio* in *terminis* consentimento fático juridicamente irrevogável, erro em que incidiu A.

von Tuhr. Para que o consentimento seja irrevogável, é preciso que a vox entre em suporte fático de negócio jurídico, ou de ato jurídico *stricto sensu,* de cuja eficácia resulte (note-se a diferença em relação ao consentimento fático) a irrevogabilidade. Se o consentimento é inserto como elemento do suporte fático do negócio jurídico, esse pode ser doação, empréstimo da coisa como fungível, derrelicção, ou outra categoria jurídica; se inserto como elemento do suporte fático do ato jurídico *stricto sensu,* pode tratar-se de manifestação negativa de vontade, *e.g.,* do credor de que não quer receber a coisa devida e o devedor a pode destruir (cf. art. 958), do titular do direito à reposição natural (a coisa A, pela coisa B) de que o devedor a pode destruir, a comunicação de ter derrelinqúido sem no ter (então, em vez do negócio jurídico da derrelicção, há o ato juridico *stricto sensu),* a notificação de haver cedido a coisa (ato jurídico *stricto* sensu).

O abandono da posse e a entrega da posse são atos-fatos, uma de cujas subclasses são os atos reais, e de modo nenhum implicam o consentimento na destruição ou danificação; *a* fortiori, consentimento irrevogável.

3. *Consentimento posterior ao ato.* O consentimento posterior do ofendido não entra, de maneira nenhuma, na classe do consentimento pré-excludente da contrariedade a direito. *O ato* con *trário a direito já se deu;* não se vai ao passado, ao tempo em que se teria composto o suporte fático do ato ilícito absoluto, ou relativo, negando-se a irreversibilidade do tempo, retirar o elemento contrariedade a direito, que se há de apreciar no momento mesmo em que o ato se pratica. Deve-se a E. Zitelmann (Ausschluss der Widerrechtlicbkeit, *Archiu,* 99, 65 s.) ter mostrado a diferença entre a *ratifica* ção validante e o *consentimento* posterior da ví-

tima; porém mostrar a diferença não basta a conceituar. A eficácia do consentimento posterior teria de ser jurídica, *ex nunc:* a ilicitude do ato lá está, não só a contrariedade a direito, elemento do suporte fático, que pudesse ser retirado, pré-excluído; a eficácia da ilicitude é que teria de ser excluida, e isso só se daria se o consentimento posterior fosse elemento de suporte fático suficiente para entrar no mundo jurídico como remissão do crédito de indenização (não se precisa pensar em conversão, como faz A. von Tuhr, *Der Allgemeine Te,* III, 490, que invoca, sem ser cabível, o § 140 do Código Civil alemão), ou, mais radicalmente. como reconhecimento da transferência da propriedade da coisa lesada, se havia disputa. Se não havia disputa, o reconhecimento apenas encobriria tentativa de se conferir ao consentimento posterior eficácia retroativa. Esse somente poderia transferir a propriedade a partir dele mesmo.

O

consentimento da vítima que seria, de si mesmo, contrário a direito, nada subtrairia à contrariedade a direito que o ato produzisse. Seriam duas contrariedades a direito, somadas. Dai resulta que o consentimento mesmo ou entraria no mundo jurídico como ato ilicíto, ou não entraria nem teria força (fática) para subtrair ao ato contrário a direito a sua contrariedade a direito. No último caso, a regra jurídica pré-excludente, que nega a contrariedade a direito, se o ato foi praticado com o consentimento do ofendido, não teria de eliminar qualquer elemento: o que seria contrário a direito, sem o elemento consentimento da vitima, contrário a direito continua, se ocorre esse consentimento, que seria, ele mesmo, contrário a direito. Falar-se, aí, de nulidade, como fizeram E. Zitelmann (Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiu,* 99, 66 s.), A. von Tuhr *(Der Allgemeine Te,* 111, 469) e outros, é elevar-se o elemento consentimento fático à categoria de negócio jurídico, ou, pelo menos, de ato jurídico *stricto*

sensu, confundindo os dois mundos, o em que só o suporte fático e o em que se deu entrada ao suporte fático, *juridicizando-o.* Se o ato de que se cogita é a morte, a contrariedade a direito é *tão* forte que nenhum consentimento da vitima é bastante para a pré-excluir (Código Penal, art. 122: "Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena —

reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicidio resulta lesão corporal de natureza grave *).* De regra, o consentimento da vítima não exclui a contrariedade a direito, se se trata de delito penal (crime), inclusive quanto a duelo.

Capítulo VI

Conseqüências jurídicas da contrariedade a direito e medidas cautelares

§ 203. Contrariedade objetiva a direito

1. Conceito *e Conseqüências.* A contrariedade a direito, entrando no mundo jurídico como ato ilicito lato *sensu,* tem Conseqüências jurídicas, algumas de direito público e a maior parte de direito privado. Da contrariedade objetiva a direito nasce a pretensão ao restabelecimento da situação conforme a direito. Tal é o que se passa com a ofensa a direitos com sujeitos passivos totais, como os direitos de personalidade e os reais, e dela nasce pretensão dita *absoluta* ou *real;* há direitos a sujeitos passivos totais, que não *são* reais, e, se só falássemos desses, já faltaria o adjetivo para a pretensão que da ofensa dos outros resultasse. O

proprietário exige a restituição da coisa, sem precisar alegar ato, nem, *a* fortiori, culpa do demandado, nem mesmo causação; o possuidor. a restituição da posse; o que foi ilegalmente preso, ou detido, a restituição da sua liberdade. Nas pretensões reais, o devedor da coisa abstém-se dos atos que seriam violação delas, inclusive se houve mudança de lugar da coisa, com a prática dos atos que a ponham no mesmo lugar, ou a coloquem à vista e a1cance do credor real. Há, portanto, *sempre,* simples permissão ao proprietário ou ao possuidor

para que tome posse da coisa. Se a propriedade é lesada por outra maneira que pela retirada da posse, a pretensão negatória do proprietário, do titular de direito real ou do possuidor se satisfaz, quando a outra pessoa cessa a turbação, reconhecendo-lhe o direito, ou, se não se concretizara a turbação, ou se a outra pessoa não foi quem a causou, quando assuma a atitude de suportar que não se dê, ou que cesse. Se a instalação no sítio de A foi feita por B, que a utilizou, ou não, passando o contrato, depois, a C, discute-se *(a)* se C tem de demolir ou remover a instalação, ainda se não a utilizou, ou *(b)* se a pretensão e a ação de A são somente contra B, fundadas no ato ilícito absoluto (art. 159), portanto em caso de culpa, ou *(c)* se A continua com ação contra E, pois as Conseqüências da turbação *subsistem* materialmente e o turbador tem de suprimir, a suas expensas, a turbação persistente, ou *(d)* se não há ação contra C. Enquanto B. Windscheid *(Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 1.010) via duas pretensões e duas ações, contra o autor da turbação, para remoção da instalação, e contra o novo proprietário (ou possuidor) á permissão da remoção por parte do antigo proprietário (ou possuidor) turbador ou do proprietário lesado, A. von Tuhr (Der *Allgemeine Te,* III, 471) entendia, com a opinião *(b)* que toda pretensão ou ação do proprietário, fundada no art. 499, desapareceu com a cessação da utilização da turbação, persistindo apenas, se houve culpa do turbador, a ação do art. 159.

Martin Wolff *(Lehrbuch,* III, 27ª-32ª cd., 48 s.) fez bem em acentuar o só depender da *subsistência* da turbação em seus efeitos a vida da pretensão ou da ação do art. 499. *Aliter,* a da pretensão ou ação do art.

159. O assunto merece que se trate com todo o rigor científico, tanto mais quanto já se pretendeu, conforme a opinião *(d),* que a ação do art. 499 só se dirige contra o autor da turbação, ainda que o sucessor a utilize (L.

Rosenberg, *Sachenrecht,* 91; contra, J. Biermann, *Das BOrgerliche Recht,* 33; E Kretzschmar, *Das Sachenrecht,* 30; W. Turnau — 1(. Fórster, *Das Liegenschaftsrecht,* 1, 76; H. Kress, *Besitz und Recht,* 340).

A solução *(a)* seria absurda. A própria ação de turbação somente se exerce contra o herdeiro, se ele continua a turbar (G. Planck, *Kommentar,* III, *1,* 4ª cd., 68); posto que ativamente se transmita.

É preciso distinguir no fato da turbação o elemento do suporte fático do ato ilícito absoluto (art. 159), que é a culpa, e o elemento do suporte fático do ate ilícito absoluto, *especial,* contra a posse (art.

499). Há duas pretensões, duas ações, porque a segunda categoria jurídica se pode compor sem existir no suporte fático a culpa; na primeira, a *subsistência* da turbação não é elemento necessário do suporte fático. Se a turbação subsiste e houve culpa, as duas pretensões e ações existem; se a turbação não mais subsiste, nem há receios dela, mas houve culpa, só existem a pretensão e a ação do art. 159; se não houve culpa, e a turbação subsiste, só há a pretensão e a ação de turbação (art. 499).

A legitimação passiva de sucessor somente se dá quando ele utiliza a turbação do sucedido, ainda que não imediato, ou quando a remoção só se pode fazer com permissão dele, devido a ter sido feita utilizando-se o prédio que adquiriu.

2. Ofensa *ao direito de propriedade.* Se a ofensa foi ao direito de propriedade, e não à posse, as despesas que a eliminação da ofensa traga são a cargo do ofensor. Não é *preciso ser culpado* o *ofensor.* O proprietário tem

"direito de usar, gozar e dispor dos seus bens", de modo que a ofensa ao direito pelos sujeitos passivos totais não pressupõe a culpa. Há também ato ilícito objetivo no que está à base de toda ação negatória. Por isso, se A abriu valado no terreno de E, ainda sem saber que a parte do terreno, em que cavou, não era sua, A violou positivamente o direito de propriedade de E; o seu ato entra no mundo jurídico como ato ilícito objetivo, e não como ato ilícito *subjetivo,* para o qual seria preciso a culpa. Tudo se passa à semelhança da turbação possessória (cf. art. 524, *verbis* ". . .e de reavê-los de quem quer que injustamente os possua **,** e art. 499).

O que se disse sobre o direito de propriedade também concerne aos direitos de personalidade, que passam, por sua natureza, à frente daqueles.

3. *Indenização por turbação* ou *esbulho da posse.* A indenização pela turbação possessória ou esbulho da posse é efeito do ato ilícito, *a)* Se o disséssemos *relativo,* então teríamos de trazer a posse ao mundo jurídico, tirando-a do mundo fático em que o art. 485 *(verbis* "de fato") a vê, segundo os princípios históricos e sistemáticos. k) Se o dizemos *absoluto,* temos de exigir como elemento do seu suporte fático

a culpa (art.

159). c) Para obviar à concepção esdrúxula *a)* e ao *bis* in *indern* de 14, tem-se de ter o art. 503 como regra jurídica *especial* sobre ato ilícito absoluto: "O possuidor manutenido, ou reintegrado na posse, tem direito àindenização dos prejuízos sofridos, operando-se a reintegração àcusta do esbulhador, no mesmo lugar do esbulho". A questão não se pode resolver sem se remontar à origem do art. 503 (Código Civil argentino, arts.

2.494 e 2.497).

As Ordenações Afonsinas, Livro IV, Titulo 65, depois de inserirem a lei de Afonso III (1332) sobre "os feitos da força", estabeleceram a indenização ainda sem culpa (§ 5): "mas ainda correga, e pague ao forçado todalas perdas, e damnos, que na dita fôrça, ou por causa della receber em qualquer maneira que seja; e pôsto que êsse forçador dígua e allegue que era senhor da cousa forçada, ou lhe perteencia em elIa aver algum direito. Mandamos que nom seja recebido a tal razom...; ca pois que forçosamente forçou, e esbulhou a cousa per outrem possuida per sua própria autoridade, e sem mandado de justiça, o que per direito he defeso a todo homem poíos grandes males e ofensas, que se per elIo ligeiramente podem seguir, justa cousa parece seer, que nom seja recebido a tal razom . Nas Ordenações Manuelinas, Livro IV, Título 50, *pr,* reproduziu-se o § 5

das Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 65: ". . .e aalem desto paguará o forçador em os ditos casos ao forçado tôdas as perdas e dãnos que na dita fôrça, ou por causa della em qualquer maneira receber: e pôsto que o forçador digua e alegue que he senhor da cousa forçada, ou lhe pertence teer em elIa alguS dereito, nom lhe seja recebida tal razam Nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 58, pr, vem o mesmo, com a proposição que se inseriu nas Ordenações Manuelinas, antes do que aí se cita: "se o forçador nom tever dereito na cousa em que fêz a fôrça", que apenas alude ao julgamento do esbulho ou da turbação. A indenização é ligada ao fato da turbação da posse: independe do elemento fático da culpa (Código de Processo Civil de 1939; (Código de Processo Civil de 1973, art. 921, 1, 922 e 925; art. 374; *Comentários,* III, 1, 325-326; Antônio Joaquim Ribas, *Da Posse e das Ações possessórias,* 272).

4. *Responsabilidade e* condictio; *outras* espécies. A responsabilidade pelo enriquecimento injustificado não é derivada de ato ilícito, nem de ato-fato, porque há a contrariedade a direito, e nem sempre há culpa, ou, até, ato do obrigado a reparar. A contrariedade a direito é

objetiva. Também o é no caso de restituição pelo que se retarda em restituir: *a)* o devedor em mora, isto é, o devedor que deixa de satisfazer no tempo, lugar e forma convencionados (art. 955), contraria objetivamente a direito, e o seu ato ilícito relativo tem a consequência de responder ele pela impossibilidade da prestação, embora resultante de caso fortuito, ou força maior, se ocorre essa, ou aquela, durante o atraso (art. 957); *li)* a responsabilidade do possuidor, desde que se constituiu de má-fé, assenta em contrariedade objetiva a direito (arts. 511, 513, 515 e 517); c) a responsabilidade do gestor de negócios, se a gestão foi iniciada contra a vontade do dono do negócio, manifesta ou presumível, também o é (art. 1.332).

§ 204. Conseqüências não-reparativas

1. *Conseqüências distintas.* As vezes, a consequência do fato jurídico, em cujo suporte fático há contrariedade a direito, não éo restabelecimento natural, nem o restabelecimento pelo valor. A consequência de alguns é a caducidade (ato ilícito caducificante); de outros, o nascer ao lesado direito formativo extintivo, como o de resolução (art. 1.092, parágrafo único) e a pretensão à separação judicial. De regra, a contrariedade a direito, em tais espécies, é subjetiva; há, porém, algumas em que a contrariedade a direito é objetiva (e.g., art. 1.205, § 2ª).

2. *Caducidade.* Se a consequência é caducificante, ou tem outra natureza contra o que pratica o ato, há ilicitude. Tem-se, então, de entender, à parte, a espécie.

§ 205. Contrariedade subjetiva a direito

1. *Conceito.* A contrariedade subjetiva a direito é aquela em que só se vê a contrariedade (isto é, só se leva juridicamente em conta tal contrariedade), se há *culpa* do que contraria. O efeito específico, em todos os casos, é a reparação do dano, ou pelo restabelecimento natural, isto é, do *status qua,* do estado que existiria se não houvesse acontecido o fato contrário a direito, ou pelo ressarcimento do dano (um valor por outro valor). Logo se percebe que o princípio *da*

responsabilidade pela culpa deixa fora do direito lesões resultantes de contrariedade a direito. Para obviar aos inconvenientes dessa diferença de extensão entre o *contrário* a *direito* e o ato ilícito absoluto ou stricto *sensu,* ou ato ilícito relativo por culpa, os sistemas jurídicos criaram regras jurídicas especiais para a reparação em casos de dano sem culpa (principio *da* causaçáo). Não seria para espanto, pois conhecem eles, até, casos de reparação sem culpa e sem contrariedade a direito; quer dizer: o ato é licito, mas gera deveres e obrigações.

2. *Conseqüências.* A contrariedade subjetiva a direito pode dar ensejo a atos ilícitos absolutos ou *stricto* sensu; as Conseqüências ou são de direito penal, ou de direito administrativo, ou de direito privado; há-as, também, de direito constitucional. Porém o direito moderno separou-as nitidamente: as pretensões e ações *ex delicto* não mais se confundem com as pretensões e as ações penais (cp. art. 1.525; Código de Processo Penal, arts. 65-67). A pena convencional (arts. 916-927; Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, arts. 8ª e 92) somente protege interesses do credor. Não raro algo de penal ficou, mas transformado em caducidade ou pretensão à extinção *(e.g.,* deserdação, arts. 1.741-1.745; exclusão por indignidade, arts. 1.595-1.602; exclusão do prêmio ao achador, se não restituiu a coisa achada, arg. ao art. 604).

§ 206. Contrariedade transubjetiva a direito

1. Conceito. Se o autor do dano não teve culpa e de seu ato provém dever de indenizar, a contrariedade a direito não se faz objetiva: não há qualquer pretensão anterior a se integrar, por se tratar de direitos a sujeitos passivos totais. Apenas é transubjetiva:

o sujeito é tido como causador e não como culpado. Aí, o princípio *da causa* çâo intervém, cm virtude de regra jurídica excepcional. Tais espécies são inconfundíveis com as em que não há contrariedade a direito, nem culpa (e.g., legitima defesa, estado de necessidade). A responsabilidade pelo dano causado por certas indústrias, ou por animais perigosos ou coisas perigosas, ou edifícios de onde caiam objetos, é diferente: há contrariedade a direito, sem que se exija a objetividade, ou a subjetividade; daí dizermos contrariedade a direito transubjetiva. Tem de comum com a contrariedade objetiva a direito,

que a atividade causadora ofende, até certo ponto, a pretensão à abstenção que têm os titulares de direito a sujeitos passivos totais; com a contrariedade subjetiva a direito, que a ofensa à pretensão à abstenção, que têm os titulares de direitos a sujeitos passivos totais, opera como substituto da culpa. Vê-se bem que se encontrou caminho entre as duas contrariedades a direito. Seria errôneo pensar-se em que tais atos não são contrários a direito e misturá-los com os atos em legítima defesa ou em estado de necessidade. Embrulhá-los é obscurecer a matéria.

2. *Indústria perigosa.* Pergunta-se: gA responsabilidade pelo dano causado pela indústria perigosa é a) dever de reparar oriundo de ato lícito, ou *b) desde* o momento, em que o ato começa a lesar, é ele ilícito e então responsabilidade como a das estradas de ferro (a não-passageiros) entra na teoria dos atos ilicitos? Os arts.

1.527, 1.528 e 1.529 estariam, se a), mal colocados; se *b),* bem colocados. Há em tais atos contrariedade a direito transubjetiva, pois que, no tocante ao sujeito, se prescinde da culpa. Confundi-los com a responsabilidade em caso de estado de necessidade e de legítima defesa, em que a regra jurídica pré-excluiu a contrariedade a direito, impediria raciocinar, acertadamente, com as categorias. Contrariedade a direito objetiva é aquela em que não há ato, nem culpa, nem causação pelo que responde. A contrariedade transubjetiva é aquela em que há causação, não há culpa, se bem que haja ato.

§ 207. Medidas cautelares

1. *Previsão e tutelo* jurídico. A contrariedade a direito, quando apenas *prevista,* pode dar fundamento a medidas cautelares. O direito não só reage contra o ilicito; também reage contra atos e estados dos quais resulta ser possivel ou provável contrariedade a direito. Tem-se como de temer-se o ato ou estado contrário a direito, porque alguns dos elementos do suporte tático já se compuseram. Não há, porém, princípio geral da prevenibilidade de toda contrariedade a direito; noutros termos: nem iodo perigo dá causa a pretensão à segurança. Em certas espécies, o direito atende à necessidade, para a vida, de atos e estados perigosos, e, contemporizando, satisfaz-se com responsabilidade pela contrariedade objetiva a direito, ou pela contrariedade transubjetiva a direito.

2. *Técnica legislativa e* técnica *judiciária da prevenção.* Sempre que o direito reputa o perigo grave, permite preveni-lo. Preveni-lo quer dizer *prae-uenire,* vir antes do fato lesivo; naturalmente, com algum ato que concorra para afastar o perigo, ou, pelo menos, precisar as Conseqüências da contrariedade a direito. A tutela juridica preventiva, ou cautelar, pode ser expediente de técnica *legislativa,* ou expediente de técnica *judiciária* (estatal ou de mão própria).

a)

São prevenções *legislativas: a* perda de certos direitos, para que dele, ou do seu exercício, não resulte algum fato, que o legislador entende que se deve evitar; *eg.,* quanto ao pátrio poder, a mãe viúva, que se casa, perde-o (caducidade do direito, ipso *iure).* O direito de resolução, *art.* 1.092, parágrafo único, não éexpediente de técnica legislativa, mas de técnica judiciária: o legislador apenas cria o direito, para que o credor o exerça, se quiser, devido ao perigo que corre com a atitude do devedor; por isso mesmo, basta que esse declare não querer cumprir. Bem assim, a perda do pátrio poder segundo o art. 395. Espécies clássicas de regras jurídicas preventivas de *técnico legislativa* são as regras a respeito de atos em legitima defesa e em estado de necessidade.

b)

As medidas cautelares de *técnica judiciária* são prestações jurisdicionais: a lei apenas diz em que casos elas podem ser exigidas, e aí acaba a técnica legislativa: o credor, cujo devedor está a tornar duvidosa a prestação, pode, se lhe cabe prestar em primeiro lugar, prestar, com a garantia do devedor, ou aguardar que o devedor preste (art. 1.092); o proprietário, ou o que tem direito de uso, ou o locatário de prédio, em que alguém tem de fazer obras, pode, no caso de dano iminente, exigir do autor delas as seguranças contra o prejuízo eventual (art. 529); idem, no caso de ameaça de ruína (art. 555) e no caso de alicerce de parede divisória (art. 580, parágrafo Único); na espécie do art. 1.510 (pagamento de título de crédito com o nome de credor e cláusula de pode ser pago ao portador), o devedor pode exigir a caução; o nu proprietário pode exigir caução ao usufrutuário, ao usuário e ao titular do direito à habitação (arts. 729, 745, 748); idem, o fideicomissário ao fiduciário (art. 1.735). No Código de Processo Civil, arts. 796-812, alude-se às regras jurídicas gerais pertinentes às

medidas cautelares e, nos arts. 813-889, cogita-se dos procedimentos cautelares específicos.

3. *Dever de segurança e dever de reparação.* O ato ou estado, que compõe, com outros elementos, o suporte fático da regra juridica que estabelece direito e dever de segurança, ou *entra* no mundo jurídico como ato-fato jurídico, ou como fato jurídico *stricto* sensu, ou como ato ilícito, razão por que, de regra, a lesão ainda não se deu, mas espécies há em que se previne a lesão futura após lesão já ocorrida. Ainda quando só se conceda a medida cautelar depois de ato ilicito, para as lesões futuras, o ato ilícito é apenas elemento do suporte fático sobre o qual incide a regra jurídica: com a incidência dela, o suporte fático *entro* no mundo jurídico como fato jurídico stricto sensu. Por isso mesmo, é erro, e grave, ter-se a tutela judiciária cautelar como espécie de reparação do dano (certo, A. von Tuhr, *Der Allgenieine Te,* III, 477, nota 143): não há dano a reparar-se; se houve, a reparação foi devida ao ato ilícito, e não ao fato jurídico stricto sensu, em cujo suporte fático estava o ato ilícito. A ciência jurídica descurou o estudo desses pontos, principalmente o da classificação do fato jurídico *stricto sensu,* de que provém direito, pretensão, ação, dever, obrigação e posição de réu nas medidas de segurança. Ao dever de segurar está ligado o de pagar as custas e despesas da medida cautelar. A. von Tuhr *(Acho de in* rern *verso,* 37) entendia que os gastos haviam de ser pagos como reparação do dano pelo que criou o perigo; mas essa explicação é inaceitável: não há reparação; se o que exigiu caução pagou antes, ou teve de pagar, antes, custas e despesas, o caso não é de reparação do dano, mas de reembolso, pelo adiantamento; de qualquer modo, o dever de pagar cabe ao que tem de segurar; se o que exige a segurança tem pretensão de reembolso é devido a outra relação necessariamente *posterior* àquela em que o obrigado à segurança é devedor de custas e despesas. Se foi preciso fazer-se alguma obra, ou serviço, para se reduzir o perigo, não é *ainda* de reparação do dano que se trata.

Sempre que no suporte fático do fato jurídico *stricto sensu,* de que resultaram o direito e dever de segurança, existe ato ilícito, a medida cautelar tem por finalidade afastar a continuação, ou repetição do ilícito. Por exemplo: a) A vem usando o nome de B, ou o seu pseudónimo, para clientela, com danos a B; E tem a ação do art. 159 (ato ilícito absoluto) e a ação *de abstenção,* com a forma, não só por analogia, da ação cominatória dos arts. 287 e 461 do Código de Processo Civil, ou outra forma, ou a de medida cautelar (caução, arts. 826-838 do Código de Processo Civil); *b)* o possuidor turbado, se a

turbação passou e é de recear que se repita, pode exercer a ação do art. 501 do Código Civil, no Código de 1973, arts. 932-933, que é ação de abstenção sob a forma cominatória, ou o sequestro da posse, ou a caução,conforme os princípios peculiares; *c)* sempre que algum proprietário sofra dano e haja receio de continuação ou repetição dele, cabe a ação de abstenção, com a forma cominatória dos arts. 287 e 461 do Código de Processo Civil, ou outra, ou, satisfeitos os requisitos à tutela cautelar, a ação de caução (art. 826-838); d) o credor hipotecário tem as ações a que se refere o exemplo *c),* se há perigo de destruição, ou de diminuição do valor do imóvel hipotecado.

4. *Abstenção e contrariedade a direito.* Sempre que há contrariedade a direito, ainda objetiva, e dano previsto (perigo de continuar, ou de repetir-se), há ação de abstenção, uma de cujas formas é a cominatória do art. 302, XII, do Código de Processo Civil de 1939, parelha — posto que na sistemática atual se preveja o procedimento especial que se regrava no Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, arts. 303-310 —

à dos arts. 287 e 461 do Código de 1973 (excetua-se se se trata de adultério, ou restabelecimento das relações sexuais etc.). Seria erro deduzir-se da noção de reparação do dano esse *princípio de segurança contra* o *ilícito;* a pretensão à segurança é da mesma classe que a pretensão negatória, sem se identificar com ela.

Tem-se dito que a ação de abstenção apaga a distinção entre direito subjetivo e interesse protegido, como se houvesse a ação de abstenção sem aquele *(e.g.,* A. von Tuhr, *Der Aligerneine Te,* III, 479, nota 162). Sem razão: pode existir direito subjetivo e pretensão, sem que se conceda a ação de abstenção; o direito subjetivo e a pretensão do titular do direito a sujeitos passivos totais, ou o direito subjetivo e a pretensão do Ulular do direito relativo, *e.g.,* de crédito, podem não existir. É ação de prestação *(Leistungsklage),* e não declaratória; ação de condenação invertida no tempo (em vez de violação e condenação, condenação e violação eventual); à base dela está o dever de prestar a abstenção, que é prestar contínuo (Otto von Gierke, Dauernde Schuldverháltnísse, *Jherings Jahrbticher,* 64, 370 s.), ou repetido. A condenação é condicional. Resta o problema da ação de abstenção puramente preventiva (nenhum dano ocorreu). Pretendeu P. Eltzbacher (Die *Unterlassungsklage,* 104 s.) ter mostrado o direito subjetivo que há à base da ação de abstenção: se há regra jurídica, que limita, a favor de alguém, a esfera jurídica de outrem, há direito

subjetivo. Mas o jurista alemão continuava a linha filosófica de A. Thon e E. R. Bierling, o que o dispensou de fundamentação. Ora, há direitos assubjetivados (= proteção pela regra juridica sem direito subjetivo), contra o que sustentaram A.

Thon, E. R. Eierling e P. Eltzbacher, de modo que não basta dizer-se que "há regramento jurídico e, pois, direito subjetivo", se bem que se possa dizer que "há direito subjetivo e, pois, regramento jurídico". Temos de explicar a existência da ação de abstenção, fora da teoria de A. Thon e E. R. Bierling. Sempre que há regra jurídica que põe no seu suporte fático o temor, em vez do dano já ôcorrido, tal regra jurídica faz esse suporte fático entrar no mundo jurídico como fato jurídico; ou porque o temor resulte de já se haver produzido algum dano e temer-se continuação ou repetição, ou porque o perigo esteja esboçado de si mesmo, em ato ou estado perigoso (art. 798).

5. *Ação de abstenção. a)* Se o direito é a sujeitos passivos totais (direito absoluto), há proibição a todos de inquietar, perturbar, turbar o titular dele: não se pode deixar de ver, à base da ação de abstenção, o direito subjetivo, a pretensão à prestação negativa. E o que acontece com os direitos à vida, à integridade física, à integridade psíquica, à honra, à verdade e ao nome, com o direito ao nome comercial, o direito à propriedade literária, artística e científica, o direito ao produto do espírito (antes da propriedade literária, artística e científica), com a posse, o domínio e os direitos reais sobre coisas alheias, a propriedade fiduciária e o direito de fideicomissário.

À contrariedade a direito basta ser objetiva; se há pré-exclusão da contrariedade a direito (legítima defesa, estado de necessidade, consentimento do ameaçado), não há contrariedade a direito e, pois, não há ação de abstenção. Se não houve culpa, não importa: a pretensão à omissão, de que são munidos os direitos absolutos, não supõe culpa do ameaçante. Salvo regra jurídica especial (como e.g. se passava no Código de Processo Civil de 1939, arts. 302, VI, VII, VIII, XII, 675, II), é preciso que já se tenha dado algum dano; e é preciso seja de temer-se o dano futuro. A regra especial torna a ação de abstenção puramente preventiva.

b) Se o ato ilícito stricto *sensu* já ocorreu, há a ação de indenização (art. 159), fundada no ato culposo, e esse ato ilícito vai figurar como elemento do suporte fático da ação *de* abstenção. (As vezes, para a indenização basta o ato-fato ilícito, ou o fato ilícito). Discute-se se,

não havendo regra jurídica especial, cabe tal tutela jurídica preventiva. Se cabe, a todo delito (ato ilícito absoluto) corresponde, se o temor se estabelece, ação de abstenção. O ato ou estado criador do temor entra, segundo essa concepção , no mundo jurídico, é fato jurídico *stricto* sensu, de que se irradiam efeitos (direitos, pretensões, deveres, obrigações). Seria categoria paralela à ação de indenização, pois no seu suporte fático está o elemento necessário do ato culposo ocorrido e sua continuação ou repetição. O problema torna-se mais delicado se se atribui à previsão que há na ação de abstenção e, mais, à notificação do réu (= ficar prevenido) o efeito, que é transubjetivo, da responsabilidade ainda sem culpa. A infração do mandado cominatório do ari. 287, ou do art. 461, §§ 2ª e 4ª do Código de Processo Civil é contrariedade objetiva a direito, porque se trata de inadimplemento. A questão que passa a ter importância se põe nestes termos: sempre que, se não fosse preventiva a ação, o réu *poderia* alegar a carência de culpa? A resposta a favor de bastar a contrariedade objetiva a direito confere ao mandado de abstenção *plus,* que é o excluir o elemento culpa quando esse fosse de exigir-se à ação pelo ato contrário a direito. No caso do art. 1.205, a contrariedade a direito é objetiva. Nos casos dos arts. 554, 555 e outros também (nosso *Tratado de Direito Predial,* 1, 93-95). Se, porém, o ato do cominado somente cabe no conceito do art. 159 (art. 160, 1), então é necessária a contrariedade subjetiva a direito. Na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, art. 65, a contrariedade a direito é objetiva: e.g., o fato de não encontrar editor não basta para impedir a perda do direito à outra edição. A resposta à questão teria pouca aplicação; mas, tivesse de ser para uma só espécie, nem por isso deixaria de ser delicada e importantíssima a questão. Desde que houve ato ou estado, que cessou mas pode repetir-se, ou ato que pode continuar estado, de que resultou dano, a ação de abstenção cabe, para que se não repitam atos contrários a direito; a contrariedade objetiva a direito, após o mandado, basta, porque se trata de inadimplemento do mandado e do dever de abstenção, e aquele não exige a culpa para que se dê a infração ainda se esse o exige. Disse-se que, com isso, se eleva à categoria de direitos subjetivos o interesse, o bem jurídico, voltando-se a H. Thon e E. R. Eierling; mas é desatender-se a que as medidas cautelares, que abstraem do dano já causado, teriam a mesma consequência, e mais profundamente. Não na têm, porque há a regra juridica (Código de Processo Civil, art. 798) e a enumeração das medidas cautelares feita pelos arts. 813-889 da lei processual não é exaustiva (sobre o Código de Processo Civil de 1939, arts. 675 e 676, *Comentários,* IV, 24, 85-90). Nem se compreenderia que *antes* de haver dano se pudesse prevenir *e não já tendo havido aquele e havendo temor* de nova contrariedade a direito.

Contra a ação de abstenção esboçou-se na jurisprudência alemã reação limitativa, que consistia em só ser admitida se houvesse o delito segundo a lei penal e a tutela jurídica penal fosse insuficiente, ou se lei expressa a concedia. Tal atitude foi energicamente exprobrada: primeiro, porque, regressiva, apagava a separação entre a tutela jurídica civil e a penal; segundo, a ação de abstenção concerne a ataques futuros, bastando a contrariedade objetiva a direito; terceiro, seria deslocar para o terreno das deficiências da lei penal o que só é atinente ao temor de ataques; quarto, no tocante às contrariedades a direito no *futuro,* toda lei penal é deficiente; quinto, não tratar outros direitos que o da propriedade menos favoravelmente do que esse, também seria regressivo, e faltaria aos outros direitos a ação negatória de que dispõe o direito de propriedade, além da ação de abstenção. A tutela juridica penal de modo nenhum pode ser óbice à tutela jurídica civil pela ação de abstenção.

A ação de abstenção não pressupõe culpa; pressupõe contrariedade a direito. Somente nisso se parece com a ação de indenização. É inconfundível, também, com a cominatória dos arts. 632 e 644-645 do Código de Processo Civil (execução das obrigações de fazer ou de não fazer), pois essa já não é *cautelar.* Bem assim, com a ação do art. 287, do Código de Processo Civil, quando se trata de crédito de omissão, que se funda em negócio jurídico, com prazo, se já houve infração. Se não houve, é ação de abstenção (cautelar), com a forma cominatória; ou de medida cautelar, se há temor de infração (art. 798).

6. *Medidas cautelares e contrariedade a direito.* Quanto às medidas de segurança se não houve ainda contrariedade a direito, seria mais fácil pensar-se em se apagar a distinção entre direito subjetivo e interesse protegido, mas também aí seria falso o enunciado. As ações das medidas preventivas ou cautelares não são ações sem direito de que elas provenham. É verdade que a respeito delas não há o argumento de que o prestar a abstenção haja de ser continuo, nem se impõe que já se possa exigir. Todavia, é preciso atender a que as regras jurídicas que dão a pretensão à segurança são regras jurídicas como as demais. Incidem sobre suportes fáticos, próprios, em que alguns elementos são efeitos de negócios jurídicos e atos ou estados perigosos, ou atos ilícitos que mostram existir perigo, ou efeitos de fatos jurídicos e atos ou estados perigosos. O arresto, por exemplo, supõe a divida certa e líquida, como prova literal, e ato ou estado que torne difícil ou incerto o adimplemento (Código de Processo Civil, arts. 813 e 814). A dívida

e o ato ou estado perigoso apenas são elementos do suporte fático de tais regras jurídicas. No seqUestro, os elementos do suporte fático são a demanda sobre a coisa e o receio de rixa ou violência entre os litigantes, ou o ato ou estado perigoso para a entrega ou prestação da coisa (art. 822, 1, II e III). Na exibição de livros, a pretensão à tutela jurídica e a necessidade de estabelecer prova com o que está em poder de outrem. Rã sempre, nos suportes fáticos das medidas cautelares, efeito de algum fato jurídico (direito subjetivo, pretensão de direito das obrigações, ação), mas o suporte fático é próprio, e entra no mundo jurídico como fato jurídico *stricto sensu.* Não se pode *adiantar* que se trata de ato ilícito: teme-se o ato ilicito, ou temem-se os atos ilícitos. Se *houve* ato ilícito, ele apenas é elemento do suporte fático, e entende-se exatamente que a medida cautelar nada tem com ele, exceto no ter sido ele elemento do suporte fático da regra jurídica ou das regras jurídicas que permitiram o deferimento ao pedido de medida cautelar. Se houve reparação do dano, nada tem isso com a medida cautelar, que só previsse. Confundir o ato ilícito, que entra no suporte fálico de outro fato jurídico, e esse fato jurídico é confundir o elemento do produto químico com o produto químico. O

casamento entra no suporte fálico da separação judicial, mas o casamento é negócio jurídico e a separação judicial não no é, fora da espécie da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 49 (mútuo consentimento, com homologação judicial). Na própria espécie da Lei nº 6.515, art. 49, *é* outro negócio jurídico, exatamente com eficácia desconstitutiva de efeitos do casamento; e, nos Estados que têm divórcio a vinculo, do casamento mesmo.

7. *Dever e obrigação de segurar e medida de segurança.* Dever e obrigação são efeitos. Houve, antes, a incidência de regra jurídica sobre suporte fático que entrou no mundo jurídico; desse fato jurídico, que dissemos ser fato jurídico stricto sensu, é que se irradiam efeitos. Não há dever e obrigação, direito e pretensão a segurar, inclusive a caucionar senão porque houve aquele suporte fálico, aquela incidência, a entrada do suporte fálico no mundo jurídico, tornando-se fato jurídico, e desse se irradiaram tais efeitos (direito, pretensão, dever e obrigação de segurar). A prestação da medida de segurança já é execução da obrigação de medida de segurança; *e.g.,* a prestação de caução já é execução (voluntária, ou forçada estatalmente ou de mão própria, se é o caso) da obrigação de caução. Em si, tem por finalidade assegurar, mediante negócio jurídico, realização de pretensão atual ou futura. A caução pode existir sem ter havido, antes, o fato jurídico de que provieram dever e obrigação de caucionar: surge, então, como

simples pacto entre as partes; é negócio jurídico, como as outras cauções, porém não é execução de obrigação de caucionar.

O

dever e a obrigação de prestar caução podem ser derivados de lei, de aplicação de lei (resolução judicial), ou de negócio juridico. São as três espécies de *cautio necessaria.* O usufrutuário, o usuário e o titular do direito de habitação têm, por lei, dever e obrigação de prestar caução. Em vez disso, a caução pode ser para exercício, por exemplo, do ius *tollendi,* se há receio de dano, para arrematação (Código de Processo Civil, art. 690, *pr,* 2ª parte), para recebimento na espécie do art. 1.510 etc. Também a caução pode ser conteúdo de exceção: o direito de retenção contém-na; por isso mesmo, é afastada a exceção, de regra, pela caução que o excetuado preste (arts. 1.199, 912, parágrafo único, 516, 2ª parte, 1.799, 2ª alínea). Algumas vezes, a caução afasta direito de outrem, como acontece com a que preste aquele sobre cujos bens alguém tem penhor legal (arg. ao art. 778) ou hipoteca legal (art. 820).

Quando a caução se torna insuficiente, ou inadequada, tem-se de completar, ou substituir. Ao devedor é que cabe escolher, se, in *casu,* pode ser completada ou substituida; mas o credor pode dar como suficiente a que já o não é, e não pode pretender substitui-la o devedor, salvo alegando e provando interesse superior.

§ 208. Analogia com a ação negatória

1. *Pretensão caução e pretensão negatória.* A analogia maior da pretensão e da ação de abstenção e da pretensão à caução ou ação de caução é com a pretensão e ação negativas. Mas a pretensão à caução *pode* ser ligada, em alguns casos, a fato culposo, cuja culpa se apure, ao passo que à pretensão à abstenção e à negatória basta a contrariedade objetiva a direito. Não se pode buscar analogia com a responsabilidade pelo perigo (animais perigosos, coisas perigosas), contrariedades a direito transubjetivas.

2. *Ação de abstenção e ações de indenização e de cessação.* A ação de abstenção pode ser para que cesse, se o ato é continuativo, ou se há

estado, ou série de atos. Também aqui não há confundirse a *ação de indenização* e a *ação de cessação.* A ação de cessação é espécie da ação de abstenção, e não há suposição de culpa; a contrariedade objetiva a direito basta. Se A foi injuriado por B e pediu indenização do dano, nem por isso fica privado de pedir, por ação de abstenção, a cessação das injúrias, e a retratação é exatamente o que impede de continuar a produzir dano e injúria. A reparação do dano é uma coisa; outra, a retratação,para a qual a ação própria é a de abstenção, ou a ação mesmade retratação.

Capítulo VII

Atos-Fatos Jurídicos

§ 209. Conceito e lugar em classificação dos fatos jurídicos

1. *Classe dos atos-fatos* jurídicos. Os atos-fatos jurídicos são os fatos jurídicos que escapam às classes dos negócios jurídicos, dos atos juridicos *stricto sensu,* dos atos ilícitos, inclusive atos de infração culposa das obrigações, da posição do réu e de excetuado (ilicitude infringente contratual), das caducidades por culpa, e dos fatos jurídicos *stricto sensu.* Abrangem os chamados *atos reais,* a *responsabilidade sem culpa,* seja contratual seja extracontratual, e as *caducidades sem culpa* (exceto o perdão). Ainda quando, no suporte fático, de que emanam, haja ato humano, com vontade ou culpa, esses atos são tratados como ato-fato. Os fatos ou atos excludentes (não os confundamos com os fatos ou atos extintivos) não entram nessa classe, porque o direito somente se preocupa com eles, para enunciar, *ainda no terreno fático,* que, se o suporte fático A é suficiente, ocorrendo o fato *a* ou o ato, positivo ou negativo, *b,* o suporte fálico fica diminuído de *a,* ou de *b,* e, pois, é insuficiente. O direito, por isso mesmo que, a propósito de tais fatos excludentes, se mantém no plano fático *na descrição do suporte fático suficiente),* pode entender que o suporte fálico do momento A somente entra no mundo jurídico se *a,* ou *b,* não ocorre.

2. *Ato humano e ato-fato.* Ato humano é o fato produzido pelo homem; às vezes, não sempre, pela *vontade* do homem. Se o direito entende

que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, lícito ou *ilícito,* e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto* sensu. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação "fato, homem"), com o que se elide o último termo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parênteses o quid psíquico, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico.

Não se desce à consciência, ao arbítrio de se ter buscado causa a fato da vida e do mundo (definição de vontade consciente); satisfaz-se o direito com a determinação exterior. *Actus* vem de ago, *agere.* Há movimento próprio, com *objetivo,* ou mesmo *fim;* não há só o *alcance,* que é o da pedra que rola e bate na muralha, ou da fruta, que cai. Agir com o dedo indicador deu *indago,* indagação. Agir, indeciso, deu *arnbiquus,* ambiguidade. Porque já há opção no agir, e bastou o prefixo para a confundir. Tanto é implícita a opção no agir, que *at,* "mas", no latim, e *ak,* "mas", no gótico, no anglo-saxônico e no velho saxõnico, têm o mesmo étimo. No *factum,* há, apenas, o "feito"; donde poder-se distinguir do fato a vontade *(distinguire voluntatem a facto).* Se esvaziamos os atos humanos de vontade (= se dela abstraímos = se a pomos entre parênteses), se não a levamos em conta para a juridicização, o *actus* é *factum,* e como tal é que entra no mundo jurídico. É de tratar-se, então, como aqueles fatos que, de ordinário, ou por sua natureza, nada têm com a vontade do homem. E o *casus* (cf. casus fortuitus, *Casurn sentit dominus, Casus a nuilo praestatur),* a simples queda, o acaecimento, ou acontecimento, duas palavras portuguesas que têm o mesmo étimo *(cadescere,* como *cadere,* cair).

1. Atos Reais

§ 210. Conceito de atos reais

1. *Espécie de atos-fatos jurídicos.* Os *atos reais,* ditos, assim. por serem mais dos fatos, das coisas, que dos homens — ou *atos naturais,* se separamos natureza e psique, ou atos *meramente externos,* se assim os distinguirmos, por abstraírem eles do que se passa no interior do agente — são os atos humanos a cujo suporte tático se dá entrada, como fato jurídico, no mundo juridico, sem se atender, portanto, à vontade dos agentes: são atos-fatos jurídicos. Nem é preciso que haja querido a juridicização deles, nem, *a fortiori,* a irradiação de efeitos. Nos atos reais, a vontade não é elemento do suporte tático (= o suporte fático seria suficiente, ainda sem ela).

2. *Exemplos de atos reais.* São os principais *atos reais: a)* a *tomada de posse* ou aquisição da posse, *b)* a transmissão da posse pela *tradição; c)* o *abandono da posse; d)* o *descobrimento do tesouro; e)* a *especificação;])* a *composição de obra científica, artística ou literária; g)* a *ocupação.*

F.von Savigny *(System,* III, 312 s.) ainda tinha o pagamento como negócio jurídico, bilateral, sem levar em conta os muitos casos em que se não exige, sequer, a colaboração do devedor e do credor. Para se explicarem tais exceções à pretensa regra de se submeter o pagamento aos princípios do negócio jurídico, chegou-se a pensar em ficção da aceitação (processo de construção que O. Búlow, Uber den Begriff des gerichtlichen Gestãndnisses, *Archiu for die civilistische Praxis,* 88, 333, energicamente zurzia, cf. A. Stõlzei, *Schulung,* II, V ed., IX, e E. Alexander, *Die rechtliche Natur der ErfOllung,* 16). A concepção bilateralística perseguia os juristas. Assimilava-se a solução das dividas ao contrato, ao acordo de transmissão. Contrato liberatório, cria-o J. A. Gruchot *(Die Lebre von der Zahlung der Geldschuld,* 12); negócio jurídico bilateral, porém não contrato, afirmava L. Goldschmidt. Todavia, J. Kohler (Annahme und Annahmeverzug, *Jahrbúcher for die Dogma tik,* 17, 362) feriu o ponto; há pagamento e objeto de pagamento. Ainda depois do Código Civil alemão, persistiram os contratualístas (F. Schollmeyer, *Das Recht der Schuldverhãlt* nisse, 275; R. Stammler, *Das Recht der .Schuldverhàltnisse,* 221; B. Matthiass, *Lehrbuch,* 2e ed., 374; A. Stólzel, *Schulung,* II, 2ª ed.,

156; G. Cohn, em W. Endemann, *Handbuch desHandelsrechts,* III, 1.000; O. Berner, *Verrechnung von Zahlungen,* 11; A. Affolte~ *Zur Lehre vom Rechtsgeschãfte,* 6 s. e 19; W. Hertz, *Die Zahlung einer fremden Schuld,* 5, e outros). Quando se descia à aplicação do conceito, as divergências surgiam. como a respeito do pagamento por ato unilateral do devedor, que alguns negavam *(e.g.,* C. Schanzenbach, *Giebt es oder inwieweit giebt es in gegenseitigeri Vertrógen eine Pflicht zur Annahme der Gegenleistung?,* 7) e a inexigência de pressupostos subjetivos por parte do credor, em certos casos *(e.g.,* educação, tratamento e alimentação de absolutamente incapazes, P. Oertmann, *Das Recht der Schulduerhàltnisse,* 97; E

Schollmeyer, *Das Recht der Schuldverhãltnisse,* 277). O que os impressionava era o ato positivo que há no pagamento, sem que fossem de ânimo isento para elevar construção doutrinal científica. Por outro lado, não se atendeu a que a cooperação do credor só é de mister se se precisa de negócio jurídico para o adimplemento, o que nada tem com a questão de ser negócio jurídico, ou não, o pagamento (2. Schingnitz, *Inwieweit ist zur Erfúllung einer Qbligation eine Mitwirkung des Clã ubigers erforderlich?,* 3 s.).

§ 211. A) Tomada de posse

1. *Poder fático.* A tomada de posse é poder fático sobre a coisa, ao iniciar-se; é o ponto inicia!, portanto, desse poder; ato humano, que se trata como ato-fato (A. Manigk, *Das Anwendungsgebiet der klorschriften for die Rechtsgeschãfte,* 30; 2. Eltzbacher, *Die Handlungsfáhigkeit,* 1, 209 s.; antes deles: G. Planck, *Búrgerliches Gesetzbuch,* III, 32; O. Fischer e W. Henle, *Etirgerliches Gesetzbuch,* 419; H. Neumann, *I-Iandsausgabe,* 1, 414; H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* III, 2ª ed., 54 s.; J. Biermann. *Das Sachenrecht,* 2ª cd., 5 S.; E. 1. Bekker, Zur Reform des Besitzrechts, *Jahrbúcher for die Dogmatik,* 30, 310-316; E.

Strohal, Zum Besitzrecht des Entwurfs, *Jahrbúcher for die Dogmatik,* 70-78; Der Sachbesitz nach dem 8GB., *(Jherings Jahrbticher,* 38, 66-68; E Kniep, *Der Besitz,* 91 S.; Er. Leonbard, *Die X/ertretung beirn Fahrniserwerb,* 69 *5.;* R. Saleilles, *De Ia Possession des meubles,* 1-66; L. Raape, *Besitzerwerb ohne Besitzuiillen,* passim). A opinião contrária (V. Bruns, *Besitzerwerb durch Interessenvertreter,* 58 *5.;* E.

Brodmann, em G. Planck, *Kornmentar,* III, 36 5.; Ebbecke, Besitzstand, *Das Recht,* IX, 265; E. Zitelmann, Ubereignungsgescháft und

Eigentumserwerb an Bestandteen, *Jherings Jahrbúcher,* 70, 21) foi superada. No direito brasileiro, destoaria do art. 485, que diz: "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade".

2. *Conseqüências.* Para tomar posse, inicialmente, não é preciso que o tomador da posse seja capaz. O

absolutamente incapaz pode tomar posse da coisa; *e.g.,* o louco, que apanhou a moeda e a tem consigo, tomou e mantém a posse dela, e a criança de dez meses que segurou a pepita de ouro somente pode ser desapossada pela pessoa que a vigie, podendo estabelecer-se colisão de interesses entre ela e essa pessoa, ainda titular do pátrio poder. Não há alegabilidade de vícios de vontade quanto à tomada de posse; portanto, não há anulabilidades da tornada de posse. Nem há nulidades. Tomada de posse ou houve, ou não houve.

§ 212. B) Tradição da posse

1. *Entrega corporal, ato-fato.* A entrega corporal da coisa supõe, do lado de quem obtém o poder fático, o mesmo que ocorre na ocupação; e, do lado de quem entrega, o fato de transmitir a posse, como ato. Já no ato da transmissão, pelo lado ativo, há abstração do impulso "toma"!; basta que haja "sim"!, ou "como queira"!.

Com os olhos, aponta-se; aponta-se com outros gestos, — com o próprio silêncio, *entregando-se,* desde que se possa colher a vontade de entregar, ou de iniciativa própria, ou de iniciativa de quem vai obter o poder f atiço , ou de outrem, que sugira, peça, ou pergunte. O conteúdo do ato é, pois, extremamente rico. Não há a exigência de manifestação de vontade, quer da parte de quem transmite, quer da parte de quem obtém o poder fático. Não se pode pensar, portanto, na „tradição" segundo o art. 520, 11, como se fosse a "tradição" segundo os arts. 620-622. A tradição, transmissão da posse, é ato-fato jurídico, não é negócio jurídico, nem ato jurídico *stricto sensu.*

2. *Conseqüências.* O absolutamente incapaz pode entregar a posse, inclusive ao próprio absolutamente incapaz; não pode, pela tradicão,

transmitir a propriedade da coisa móvel. O relativamente incapaz e os que precisam do assentimento de outrem podem transmitir a posse; seria anulável a transmissão da propriedade, sem o assentimento da outra pessoa. Sempre que há transmissão da posse, sem que haja transmissão da propriedade, há perda da posse, por uma pessoa, e aquisição *derivada* da posse, por outra (Martin Wolff, *Lehrbuch,* 8ª ed., 32, considera-a *originária,* o que é contraditório com dizer que o absolutamente incapaz pode entregar a posse). Em todo o caso, ainda exigiam a capacidade negocial, do lado dos transmitentes, V.

Bruns *(Besitzerwerb durch Interessenvertreter,* 82 si, P. Klein, *Die Rechtshandlungen irn engeren Sinne,* 103; *E.* Brodmann (em O. Planck, *Kommentar,* III, Q ed., 387), A. von Tuhr *(Der Aligemeine Te,* II, *1,* 361), E.Zitelmann (Obereignurgsgeschãft und Eigentumserwerb an Bestandteen, *Jherings Jah~bUcher,* 70, 23 s.) e L. Raape (Gebrauchs- und BesitzUberlassung, *(Jherings Jahrbúcher,* 71, 160 s.). Nem se exige ser caput ao que adquire a posse (L. Rosenberg, *Sachenrecht,* 28).

A aquisição da posse não requer capacidade negocial, exceto quando se tratar de algum dos modos de aquisição da posse que não sejam a apreensão da coisa ou o exercício do direito (art. 493,1), ou o fato de se dispor da coisa ou do direito (art. 493, II): art. 493, parágrafo único, só se há de entender como referência ao art. 493, 111 (qualquer dos *outros* modos de aquisição em geral). Não há vícios de vontade, nem nulidade, a propósito de tradição segundo o art. 520, II.

§ 213. C) Abandono da posse

1. *Abandono do poder fático.* A posse perde-se, entre outros casos, pelo abandono do poder fático (art. 520, 1). E preciso, portanto, que se perca o poder fático; não basta a perda do *direito* à posse (daí haver ações de outrem, contra o possuidor, para imissão na posse). Se é certo que a manifestação de vontade de transmitir a posse pode bastar à perda, não basta ao abandono dizer o possuidor que o quer deixar de ser (L. Rosenberg, *Sachenrecht,* 50; E. Rohde, *Studien mi Besitzrecht,* XV, 58; diferente, 1(. Cosack, *Lehrbuch,* li, 89). A vontade somente é suficiente se o possuidor não tem mais o poder fático, ou não o exerce efetivamente, ou se adquiriu a posse pelo constituto possessório. A manifestação de vontade não é necessária; por isso, o abandono da posse é ato real, subclasse dos. atos-fatos jurídicos. Abandono de posse não é declaração de vontade, nem, sequer, manifestação de vontade.

2. *Impedimento ao exercício do poder fático.* Mero impedimento, passageiro, ao exercício do poder fático não acarreta perda da posse. O viajante continua de ter posse das coisas que estavam sob o seu poder efetivo, ao embarcar; porque a ausência não o suspende, nem o interrompe, nem permite aos outros que se apossem dessas coisas. O condenado, durante o tempo da prisão, ou fuga, não deixa de possuir o que possuia e não abandonou. Se alguém se esquece do livro, que estava a ler no campo, ou na praia, ou levara à casa de outrem, ou não encontrara ao procurálo, não perde a posse. Se a inundação cobre o sítio, ou parte dele, a posse continua. Se o incêndio na casa, ou no prédio vizinho, obriga o possuidor dela a tirar o que nela se contém e levá-lo para longe, não perde a posse. Nem a perde o que, locatário do prédio, o fecha, e vai morar em outro, ou noutra cidade. Perde-a, por outro se meter no sitio, o que recebeu a posse em escritura e não foi tomar o poder fático. Perde-a também o que é forçado ao abandono, pelo estado de necessidade (A. von Tuhr, *Der Alígemeine Te,* li, 199), como se o piloto lança a terra alguma arma que não pode, por lei, estar a bordo do avião, ou o comandante do navio, para diminuir o peso da carga, joga ao mar mercadorias. Não na perde o que admite *restrições* ao seu poder fático, como se, para as férias, o possuidor permite que o vizinho passe por seu sítio, por ter caído a ponte para a rua em que esse mora.

3. *Conseqüências.* Ato-fato, o abandono da posse não exige a capacidade para os atos jurídicos negociais e *stricto sensu.* O absolutamente incapaz não pode derrelinqtiir (= perder, por abandono, a propriedade), mas pode abandonar a posse, se ele, e não o representante legal, a tinha; idem, o relativamente incapaz. O

servidor da posse pode perdê-la pelo possuidor; porém também aqui não basta a manifestação de vontade, se abandono do poder fático não houve. Se o servidor da posse se serve dela para seus fins, ou se apropria da posse, o possuidor não na perde (L. Rosenberg, *Sachenrecht,* 49). Não há vícios de vontade, nem há licitude, a propósito de abandono da posse.

§ 214. D) Descobrimento de tesouro

1. *Natureza do ato.* O descobrimento do tesouro (arts. 607-610 do Código Civil brasileiro; argentino, arts.

2.585-2.590) é ato-fato. Supõe-se que a coisa esteja guardada e não se saiba quem a guardou. Não é preciso que tenha tido dono; abstrai-se disso. Pode ter tido, pode não ter tido (as moedas abandonadas, porque alguém as jogou no mar, derrelinquindo-as, e alguém, achando-as, guardou no buraco da pedra, não mais tinham dono, e podem ser achadas pelo que se aproprie delas, como tesouro). No suporte fático há de haver o *descobrimento* (fato) e a *tomada de posse:* se A descobre tesouro na parede do hotel e fecha de novo a parede, porque tem de embarcar naquela hora e lhe falta tempo para falar ao proprietário do hotel, que tem direito sobre a metade (art. 607), pode outro hóspede, ou o empregado, ou outra pessoa, descobri-lo de novo, e retirá-lo. O suporte fático só se completou para o segundo descobridor. O que toma posse do tesouro, sem ter sido descobridor, também não tem qualquer direito a ele.

2. *Conseqüências.* Há, no descobrimento de tesouro, dois atos-reais, o de descobrir e o de tomar posse do tesouro. Não é preciso que o descobridor seja capaz: *a)* o absolutamente incapaz pode descobrir o tesouro, e tomar posse dele; pode descobri-lo, e tomar posse dele, *por ele,* o seu representante legal, ou o servidor da posse; *b)* o representante legal de incapaz que, sem ser como representante, descobriu tesouro, pode tomar posse dele, por meio do absolutamente incapaz; *c)* o servidor da posse, encarregado de verificar se há algum valor nos móveis, ou nas paredes, ou no telhado, descobre pelo que o encarregou disso, bem assim os possuidores imediatos encarregados das pesquisas; *d)* se o que é dono do prédio, ou patrão de alguém, ou possuidor mediato, não encarregou alguém das pesquisas, não descobre:

quem descobre é o que pratica o ato real; *e)* as pessoas juridicas descobrem e tomam posse, por seus órgãos.

Não há vícios de vontade a propósito de descobrimento de tesouro, como da tomada de posse. Nem nulidade.

§ 215. E) Especificação

1. *Conceito.* Na especificação, o suporte fático há de conter a formação de nova *spec Les,* coisa nova, pelo ato de se elaborar com uma, ou mais matérias, ou de se transformarem duas ou mais matérias ou uma só. Não só se repara: reparar é manter o que é, com retoques, consertos, respaldos; nem se unifica: a união de duas ou mais coisas, para se ter uma só, não é especificação. O conceito de *novo* é o da vida de todos os dias: supõe, apenas, que se reconheça o elemento trabalho humano (ofícios manuais, indústrias). E tanto especificador o ourives quanto o marceneiro e o cozinheiro. São-no o escultor e o pintor, ainda que o sistema jurídico haja adotado o instituto da propriedade intelectual à parte, porque os conteúdos dos direitos são diferentes, como diferentes as composições dos respectivos suportes fáticos.

A mudança de forma nem sempre é necessária; pode haver *nova species* com a mistura química, sem que a liga de metais baste, ou baste o metal sem mistura.

2. *Conseqüências.* A especificação é ato-real; não exige capacidade: ainda absolutamente incapazes podem especificar Nem há anulabilidades por vícios de vontade. Nem especificações nulas.

3. *Ilicitude e vícios de vontade do especificador* A propósito de especificação, não há pensar-se em ilicitude, ou qualquer outra causa de nulidade, nem em anulabilidade por vícios de vontade. Se o ato do especificador foi previsto em lei penal, entra no mundo jurídico como ato ilícito penal (crime ou contravenção), não a especificação, ato-fato jurídico.

§ 216. F) Criação intelectual

1. *Ato-fato jurídico.* A criação científica, literária, ou artística, é ato-real. A pintura, a escultura, ou livro, ou a descoberta científica, ou o trabalho de ourives, feito pelo louco, ou pelo surdo-mudo, que não pode exprimir a vontade, ou pelo menor de dezesseis anos, é aquisição originária dele. Os efeitos provenientes de registro são relativos à segurança jurídica, e já se passam noutro plano que o capítulo do direito das coisas concernente à aquisição pelo ato real.

A figura da especificação pode surgir quando se trata de propriedade literária, ou artistica; porque essa é relativa à reprodução, ou à divulgação, e aquela, precisamente, à matéria com que se criou.

2. *Conseqüências.* O ato de criação intelectual não está subordinado aos princípios de validade, nulidade, ou anulabilidade. Não há descobrimento científico nulo, ou anulável, nem criação literária, ou artística, nula ou anulável. Se o ato ofendeu algum direito alheio, tem-se de verificar como é que tal ato entra no mundo jurídico, porém, então, não é como ato de criação que entra. O plágio é ato ilícito, quer no direito privado, quer no direito penal. A ofensa à reputação de alguém é ato ilícito, quer no direito privado, quer no direito penal. Não é o ato de criação que está em causa. Não se pode pedir a anulação do ato-fato jurídico da criação cientifica, literária, ou artística, por ter havido dolo, erro, ou coação, simulação, ou fraude contra credores. Se houve negócio jurídico respeito ao livro, à descoberta científica, à escultura, à pintura, ou ao trabalho de ourives, qualquer nulidade ou anulabilidade somente pode ser concernente ao negócio jurídico.

§ 217. G) Ocupação

1. *Ato-fato jurídico.* Na ocupação, há ou não há a vontade do ato de ocupar; portanto, o direito recebe o suporte fático (= a regra jurídica incide e o suporte fático entra no mundo jurídico), sem se interessar pela vontade que houve, ou não, de que o suporte fático entrasse no mundo jurídico. Para vender e comprar, é preciso que os dois figurantes queiram a venda e compra, um a venda e outro a compra. Para trocar, que ambos queiram a troca. Para ocupar, não: se é certo que há ato humano, necessariamente, na ocupação, esse ato é recebido pelo mundo jurídico com indiferença pela vontade de adquirir a propriedade. A opinião contrária, que tem a ocupação como negócio juridico, revela reminiscências reprováveis, e está superada, mal servindo à doutrina fancesa e a outras. Na Alemanha mesmo, — se bem que a torrente dos juristas excluam o elemento vontaçie (E. Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschdft,* 311-316; R. Leonhard, *Aligemeiner Te,* 253; A. Manigk, Das *Anwendungsgebiet der Vo)-schriften Ober Rechtsgeschãfte,* 24-36; E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8ª ed., 123; Er. Hellmann, *Vortrãge,* 61, Zur Lehre von der Willenserklârung, *iherings iahrbUcher,* 42, 441 *5.;* O. Fischer e W. Henle, *Bürgerliches Gesetzbuch,* 48; RarI Gareis, *Der Aligemeine Te,* 106 5.; P. Eltzbacher, *Die*

Handlungsfdhigkeiit, 216 s.; H. lsay, Zur Lehre von den Willenserklãrungen, *(Jherings JahrbUcher, 44,* 43 sj, — ainda admitiam que se tratasse de negócio jurídico E. 1. Bekker *(System,* 11, 47), O. von Gierke *(Deutsches Privatrecht,* 1, 281), H. Rebhein *(Das Búrgerliche* Gesetzbuch, 1, 101), L.

Enneccerus *(Das BUrgerliche Recht,* 2ª ed., 1,138) e L. Kuhlenbeck *(Von den Pandekten,* 395).

2. *Discussão* do assunto. O problema da classificação da ocupação (arts. 592 e 593), isto é, a questão de se saber se a ocupação é negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu,* ou ato-fato jurídico, é uma das mais delicadas do direito, não só do direito privado como do direito público. No direito civil brasileiro, assume importância especialíssima, devido a ter-se abstraído do elemento *animus,* na teoria da posse, indo-se, em alguns pontos, além do Código Civil alemão, e ao fato de ter o art. 592 redação que afasta a discussão havida, no direito civil alemão, em torno do § 958, alínea 1ª, do Código Civil alemão. Enquanto o § 958, alínea 1ª, diz que adquire a propriedade da coisa o que toma posse própria (= como dono), *in Eigenbesitz nimmt,* de coisa móvel adéspota (= sem dono), *eine herrenlose bewegliche Sache,* o Código

Civil

brasileiro usou de expressões que de modo nenhum lembram o *animus* da teoria romana, subjetivista, da posse (art. 592): "Quem se assenhorear de coisa abandonada, ou ainda não apropriada, para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei". Nenhuma alusão ao *anti-nus domini.* É verdade que a melhor interpretação do § 958, alínea 1ª, é a que não empresta à distinção entre posse própria *(Eigenbesitz)* e posse derivada assunção de atitude quanto à teoria da posse. O direito civil brasileiro não pode ser criticado pelo uso de tais expressões: o art. 486 evitou-as. Porém é demasiado exprobrar-se ao Código Civil alemão, que delas usou, o conservar resto do velho *anui-nus domini,* como fez L. E A. E. Bartels (Ausfúhrungen zur Besitzlehre des BGB, *Gruchots Beitrãge,* 42, 646); tanto mais quanto não importa, sequer, a *opinio dominii,* que é necessária ao elemento fático da boa-fé, porém não ao suporte fático da posse própria (o ladrão tem posse própria). O texto do art. 592 do Código Civil brasileiro facilita, *de lege lata,* a solução da questão, tornando inútil o exame das discussões em torno do § 958, alínea 1ª, do Código Civil alemão. Por exemplo, H. Dernburg *(Das Búrqerliche Recht,* III, 47; idem, Krebs, *Uber Rechtshandlungen im engeren Sinne,* 28

s.) aludiu a"" situação de proprietário", o que lembra a referência de R. von Jhering *(Der Besitzwille,* 167) à propriedade, que se "presume" em todo poder fático sobre a coisa (cp. Código Civil francês, art. 2.230); J.

Auerbach *(Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes,* 4 s.) e Friebe *(Ist zum Eigenbesitz der sogen,* animus domini *erforderlich?,* 67 e 68), nas pégadas de O. Fischer em torno do § 872 do Código Civil alemão, invo-cam como conteúdo da posse própria o "fim de exercício da propriedade", o que mal disfarça o elemento subjetivo. Por sua vez, R. Knauth *(Die Bedeutung des Eigenbesitzes,* 13) chegou a dizer que se não pode negar a existência de tal elemento subjetivo. O grande erro da doutrina alemã foi inquirir da questão da incapacidade, perguntando se o incapaz podia ocupar, em vez de apurar qual a diferença, se tal diferença existia, entre o sentido da posse própria, tratando-se de teoria possessória, e a posse própria exigida para a aquisição por ocupação. Quando se livrava disso, atribuía demasiada significação ao § 958, alínea 1ª. Foram típicas de uma e outra atitude as opiniões de E. Kniep *(Der Besitz,* 104), que exigia o elemento volitivo para aquisição, descambando para a teoria subjetiva da posse, que o Código Civil alemão repelira, e de E. Strohal (Der Sachbesitz, *Jherings JahrbUcher,* 38, 13), que admitiu ter o Código Civil recebido, a propósito de posse própria, a teoria romanística da posse com *animus domini,* depois de haver sustentado, *de lege ferenda* (Zum Besitzrecht des Entwurfs, *JahrbUcher fUr die Dogmatik,* 29, 367), que a posse pode ser própria sem haver *animus domini.* Aqueles que exigem como distintivo da posse própria e da posse derivada o fim da posse, como G. Planck *(Komnientar,* III, 32), confundem dois dos três fatos típicos, que, no terreno filosófico e científico, temos caracterizado com toda precisão: o fim, o objetivo e o alcance (a pedra, que cai, alcança o muro; o cão, que corre para agarrar o pau, avançou para objetivo; o homem, que sai para procurar o livro, de que precisa, tem um fim, que é o encontrá-lo). Na ocupação, como na aquisição da posse sem aquisição da propriedade (a coisa de outrem), não é preciso que haja o fim, — basta que haja o objetivo. Por isso mesmo a ocupação, no direito brasileiro, com grande acerto *de iure condendo,* é ato-fato jurídico, podendo adquirir a posse e a propriedade o absolutamente incapaz, por loucura, por idade, ou por surdo-mudez. Se alguém, que está a mudar-se, joga à rua, ou a terreno aberto, ou a monturo, brinquedos de criança, ou latas vazias ou cheias, a criança, ou o louco, ou o surdo-mudo absolutamente incapaz, que de algum desses objetos se assenhoreie, com objetivo de assenhorear-se, o que o cão também poderia ter, se torna proprietário da coisa apreendida.

3. *Pressupostos da ocupação.* Os dois primeiros pressupostos objetivos da ocupação são a *apropriabilidade* da coisa e o *ser sem dono.* Se a coisa é suscetível de ser objeto de propriedade e não é, no momento, de ninguém, os dois pressupostos estão satisfeitos. Os dois outros pressupostos são subjetivos, porém não psíquicos, de jeito que apenas completam aqueles: poder ser titular do direito de propriedade o que ocupa (capacidade de direito); o fato da ocupação por ele. Quem, capaz de direito, se apossa de coisa sem dono, que poderia ter dono, adquire-a por ocupação.

A apropriabilidade apura-se no momento, tal como está a coisa, ou tal como ficou por ato do que dele se assenhoreou. O ser sem dono a coisa só se apura, quanto à ocupação, objetivamente: para se saber se houve aquisição, não importa a *opinio dominil* do possuidor; pode alguém adquirir, crendo que a coisa, de que se assenhoreou, pertence a outrem, e não se adquire a coisa que pertence a outrem *(e.g.,* foi perdida), ainda que se tenha intenção de adquiri-la e se creia que não tem dono. A capacidade de direito têm-na todos os homens e pessoas jurídicas. O poder efetivo é aquele mesmo que se define a respeito da posse (arts. 485 e 493, 1). No direito brasileiro, abstrai-se do *animus* e do *corpus.* A teoria da posse, que se adotou, reflete-se no direito das coisas quanto à ocupação, com todas as Conseqüências que F. C. Gesterding *(Entwtckelte Lebre vom Eigentum,* 69) e E. Pagenstecher *(Die rõi-niscbe Lebre vom Eigenturn,* II, 59) não admitiriam, de se apreender sem o *corpus,* considerado essencial ao *factum apprebensionis* (cp. J. Schmitt, *Die Okkupation ais Eigenttimserwerb,* 16; A. Múlier, *Der Okkupationserwerb geschãftsunfàhiger Personen,* 12 s.). Certamente não se há de dar solução à questão tão grave como se fora questão de sentimento (H. Dittenberger, *Der Schutz des Kindes,* 102); mas seria desgarrar da interpretação científica excluir-se da aquisição por ocupação o absolutamente incapaz, como fizeram R. Kasten *(Kann Der Geschàftsunfãhige nach dem BGB.*

occupieren? 1 s.), T. Kurts *(Ist die Aneignung em Rechtsgeschãft, und welche Folgen hat dies?,* 39) e A.

MúlIer *(Der Okkupationserwerb,* 63 s.). O animal bravio, que a criança apanhou, é dela, pois que não tinha dono: basta que o seu objetivo (objetivo, não fim, que pode existir, porém não é necessário) seja ficar com ele, assenhorear-se dele. Se a criança se assenhoreia do enxame de abelhas, sem que o dono da colméia o reclame imediatamente, é da criança o enxame. As pedras, as conchas e outras substâncias, minerais, vegetais, arrojadas à praia pelo mar, se não apresentarem sinal de terem dono (elemento objetivo), são de quem as apanha,

ainda que se trate de criança. Se no terreno se pode caçar, a caça, que a criança apreendeu, ou em cujo encalço foi e feriu, ainda que tenha entrado, depois de ferida, em terreno alheio, é da criança. O

que a criança pescou é dela. O que ela achou, e era sem dono, é dela.

4. *Conseqüências.* Não há nulidade, nem anulabilidade da ocupação. Ocupação há, ou não há . Os vícios de vontade não a atingem, porque só entra no mundo jurídico o ato humano como fato, e não como ato.

II.Indenização sem culpa

218. Conceito

1. *Dano sem haver culpa.* Só excepcionalmente a lesão, sem culpa do agente, cria dever e obrigação de indenizar. O que há de servir à conceituação desses atos-fatos não é o serem contrários a direito (há-os sem serem contrários a direito, isto é, sem serem atos-fatos ilícitos), mas o terem sido sem culpa e terem eficácia de indenização. O suporte fático penetra no mundo jurídico, à semelhança do que se passa com os atos ilícitos (culposos), e aí irradia a sua eficácia. Quando se observa o mundo, em que se acham as esferas jurídicas das pessoas, e se pretende ideal de justiça baseado na incolumidade de cada uma delas, objetivamente, entende-se que todo dano deve ser reparado, toda lesão indenizada, ainda que nenhuma culpa tenha o agente. Responderia ele pelo previsível e pelo imprevisível. Tal concepção não é a dos sistemas jurídicos, onde a responsabilidade extracontratual se funda na culpa e se adota o principio geral segundo o qual há de suportar o dano, causado pelo agente humano sem culpa, o que foi atingido: *Casum sentit* dominus é apenas princípio de direito das coisas que entra no principio geral.

Para sabermos quais os casos de eficácia pela entrada do ato-fato no mundo jurídico, temos de distinguir a responsabilidade e as outras Conseqüências do ato sem culpa não-contrário a direito, a responsabilidade e as outras Conseqüências do ato sem culpa contrário a direito e a responsabilidade e as outras Conseqüências do ato com culpa não-contrário a direito. Assim, podemos saber em que classe havemos de os pôr: na classe dos atos-fatos jurídicos, ou na classe dos atos-fatos ilícitos. Não podemos chegar a conclusões seguras sem

analisarmos as espécies e, de passagem, sem darmos conta do que se tentou no sentido de explicar e classificar a responsabilidade sem culpa. Teremos ensejo de verificar que se não atendeu a que nem sempre há contrariedade a direito em espécies de responsabilidade sem culpa, ao mesmo tempo que se confundiam a contrariedade a direito transubjetiva e a objetiva.

Síntese entre o princípio da culpa e o principio da responsabilidade objetiva seria difícil. A técnica jurídica não logrou mais do que formular exceções àquele. E inegável, porém, que a evolução do direito se processa no sentido de aumentar o número delas. Em todos, o ato humano é tratado como ato-fato.

2. *Princípios que levam à aparição de* atos-Jatos *jurídicos.* A responsabilidade sem culpa aparece em espécies que se inspiram nos seguintes princípios (secundários): *a)* o *princípio do interesse mais relevante,* pelo qual se permite a invasão da esfera jurídica de outro, fundada em razão de interesse, público ou privado, de mais relevância, — o que supõe , aqui como alhures, escala de interesses; Li) o *princípio do perigo correlativo ao interesse,* que é o da responsabilidade da atividade conforme a direito, mas em si mesma provável causadora de danos; *c)* o *princípio da responsabilidade pelo exercício da tutela jurídica,* que é o da restauração ou indenização do dano que se haja causado por se ter exercido a autotutela ou justiça de mão própria, *SelbsthUlfe,* ou a pretensão à tutela jurídica por segurança ou adiantamento (arresto, seqUestro e outras medidas cautelares, em alguns sistemas jurídicos, não no brasileiro, Código de Processo Civil, art.

811; ação executiva de cognição incompleta, ou outra constrição sem a prévia força de coisa julgada formal, ou a eficácia da sentença que se vem a rescindir); *d)* o *princípio da responsabilidade pela palavra que não corresponde à verdade,* conforme o qual o que emite enunciado de fato, em negócio jurídico, ou em atos jurídicos *stricto sensu* (art. 102, 11), pode ser, em certos casos, responsabilizado pela falta à verdade, ainda sem culpa (e.g., nos casos de erro, o declarante da vontade, sem culpa, anulado o negócio jurídico, responde segundo o art. 158; o que notificou ao devedor a cessão de crédito, ainda sem culpa sua no fazê-lo, tem de portar-se perante o devedor como se o crédito tivesse sido cedido, ainda que nula, anulada, ou ineficaz a cessão; o que, sem saber que não tinha poder de representação, conclui negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto* sensu, em nome de outro, responde como se o

conhecesse, segundo o art. 1.305); *e)* o *principio da responsabulidade pela declara*ção *ou manifestação de vontade não-séria,* que se diferencia do anterior em que todas as afirmações ou negações de fato podem ser verdadeiras, e apenas ter sido o ato (declaração ou manifestação da vontade) *fora* da dimensão jurídica, — o que, crendo na brincadeira, sofreu dano, tem ação pelo dano sofrido, ainda que nenhuma culpa tivesse tido o que brincou; fl o *princípio da responsabilidade pelo caso fortuito ou pela força maior, em se tratando de incumbência de cuidar* (responsabilidade dos hoteleiros, donos de casas de pensão, ou de pousada, pelos danos sofridos, dentro dos edifícios; responsabilidade das estradas de ferro, companhias de navegação aérea, de õnibus, de bondes etc.; responsabilidade dos correios e companhias de transportes).

As tentativas para fundir esses princípios, ou deles extrair princípio mais geral, que seria o segundo princípio da responsabilidade, têm sido baldadas. Aos três primeiros fez R. Merkel *(Die Kollision rechtsmàssiger Interessen,* 160) corresponder um só, que seria o princípio do risco no exercício do interesse próprio: sempre que alguém, no exercício do seu interesse, ofendesse ou pusesse em risco interesse legitimo alheio, teria de indenizar, ou segurar Não há, todavia, nos sistemas juridicos, pelo menos até agora, princípio tão vasto; e o art. 160, 1, aludindo ao exercício regular, como excludente da responsabilidade pelo ilícito, não cogitou, nos arts. 1.519 e 1.520, de qualquer responsabilidade pelo que, exercendo o seu direito, dele não abusou (= não o exerceu *irregularmente).* Há elemento, a mais, que se exige, nas espécies *a,* Li e *c,* de modo que seria largo demais o princípio que propôs R. Merkel. Se B funda casa de modas junto à casa de modas de A, prejudica-o em seus interesses legítimos; não tem, porém, de indenizar. Teria de indenizar se se fez sócio de A, para conhecer-lhe, de perto, a freguesia, e instalar-se depois, ao lado; porque aí o seu ato não seria ato-fato, mas ato ilícito, e a responsabilidade fundada na culpa. Há entre as três espécies, *a, Li* e *c,* parecenças, que não permitem a indução do princípio de R. Merkel; e, ainda assim, ficariam fora dele as espécies *d* a 1: quanto a e a *e,* não está em causa exercicio de interesse legítimo próprio, apenas se fez a outrem confiar na palavra do agente: quanto a seria estranho fundar-se a responsabilidade em exercício de interesse legitimo dos responsáveis. Antes de R. Merkel, tentara W. Sjógren (Zur Lehre von den Formen des Unrechts, *Jherings Jahrb(icher,* 35, 343 s.) fundar a responsabilidade no elemento de finalidade, segundo princípio que encontrara em Adolf Merkel *(Juristische Encyklopàdie,* § 683): "Cada um tem de suportar o custo da efetivação dos seus interesses" (Jeder hat die Kosten der Geltendmachung seine lnteressen zu tragen).

Também J. Unger *(Handeln auf eigene Gefahr,* 62 s., 134 s. e 140) dizia: "Interesse próprio, risco próprio; interesse alheio, risco alheio"; *Richesse obliqe.* L. Trâger *(Der Kausalbegrifj,* 296 s.) criticou a M. Rúmelin *(Die Grúnde der Schadenszurechnung,* 45 s), que pensava poder reduzir a duas as seis espécies de responsabilidade sem culpa, e tentou reduzi-las a três: *a)* e *c),* de um lado, *Li), d)* e *e),* de outro; finalmente, fl. Outros, como R. MUller-Erzbach (Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, *Archiv fúr die civilistische Praxis,* **106,** 309 s.) inverteram a ordem dos princípios: seria primeiro o princípio da responsabilidade sem culpa; o segundo, excepcional (!), o da responsabilidade com culpa.

§ 219. Espécies principais

1. *A espécie do art. 160, IL 1g parte, e outras espécies concernentes ao princípio do interesse mais relevante.* No art. 160, II, 13 parte, não é ato ilícito o deteriorar, ou destruir coisa alheia, a fim de remover perigo iminente; mas o que causou o dano fica obrigado a indenização, se não houve culpa do dono da coisa (art. 1.519), bem como aquele em defesa de quem se praticou o ato. Quando alguém entra em terreno alheio para apanhar a coisa que lá caiu, ou tocar o gado de volta ao curral, ou prender o cão que se soltou, ou praticar atos semelhantes, e causa, sem culpa, algum dano, tem de indenizar segundo os arts. 160, 11, *1ª*

parte, e 1.519 (ou, se o dano foi causado pela coisa, ou animal, segundo admite abatimento do preço (art.

1.105), não pode recusar-se a receber o preço, mais despesas do contrato (art. 1.103), que o vendedor depositou, ainda que depois se demonstre que a coisa não estava redibitoriamente viciada. Aí, há ilicitude.

5. *Princípio da consciência da manifestação.* As espécies do princípio da responsabilidade pela declaração ou manifestação da vontade não-

séria envolvem o problema da sorte do ato jurídico não-sério. Teremos ensejo de ver que, no sistema jurídico brasileiro, a não-seriedade é causa de anulabilidade, quando se trata de erro; e dá ensejo à restauração do estado anterior (art. 158), salvo se não houve negócio jurídico.

O

princípio da consciência da manifestação traduz a exigência da consciência de que a manifestação ou ato de vontade contém vontade de negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu.* Noutros termos: é preciso que o manifestante *saiba* que dela se vai deduzir a existência de vontade como elemento de suporte fático suficiente. Há, porém, quem negue a existência do principio, nos sistemas jurídicos mais conhecidos: uns entendem que basta a manifestação objetiva, de modo que é a ambiência exterior que aponta a manifestação de vontade como elemento suficiente; outros introduzem o elemento da comunicação, como necessário (A.

von Tuhr, *Der Allgerneine Te,* li, 404), mas esquece-lhes que não há esse elemento na derrelicção; outros confundem declarar e manifestar, de jeito a generalizarem: a vontade de declarar é que estaria em causa, porque, para eles, é a vontade que há nos negócios jurídicos, em que só a declaração de vontade basta (contra isso: o negócio jurídico e até o ato jurídico *stricto sensu, e.g.,* derrelicção e notificação, não-sérios, são inválidos e dão ensejo à indenização, art. 158).

6. *Caso fortuito e força maior* A responsabilidade, ainda se houve força maior ou caso fortuito, é excepcionalíssima: *e.g.,* se está em mora o devedor (arts. 1.058 e 955), se, na venda e compra, ainda não foi entregue a coisa (art. 1.127), se o mandatário se faz substituir no mandato, a despeito da proibição do mandante (art. 1.300, § V), se o gestor de negócios iniciou a gestão contra a vontade manifesta, ou presumível, do dono do negócio (art. 1.332), ou se empreendeu operações arriscadas (art. 1.338). Todos esses casos são de ilicitude.

111. Caducidades sem culpa

§ 220. Conceito de caducidade

1. *Preclusão.* As caducidades são fatos extintivos, são preclusões; de regra, há culpa daqueles contra quem elas se operam, porém casos há em que o suporte fático só exige o decurso do tempo. A prescrição não supõe culpa; há inatividade do titular do direito, da pretensão, ou da ação. Nem se perde direito, nem pretensão, nem ação; cria-se exceção de prescrição: encobre-se a pretensão, ou a ação, ou a exceção, em sua eficácia.

Não há, na prescrição, preclusão: nada cai, nem preclui.

2. *Caducidade sem culpa.* A regra é a caducidade sem culpa. O prazo para inventário (Código de Processo Civil, art. 983) é prazo preclusivo; prorroga-se por motivo justo. O prazo do art. 178, § 2ª, do Código Civil é preclusivo, bem assim o do art. 178, § 5º, IV, ambos concernentes a vícios da coisa adquirida. O prazo do art.

20, parágrafo único, do Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, também é preclusivo.

Além das caducidades com culpa, que se prendem ao ilícito *lato sensu,* e das sem culpa, que são espécies dos atos-fatos jurídicos, há as caducidades de conteúdo, atos jurídicos *stricto* sensu, como o perdão, que é, conforme veremos, *relicção,* àsemelhança do abandono da propriedade móvel, O assentimento ao adultério e outros assentimentos são elementos que tornam o suporte fático impróprio à entrada no mundo jurídico: havia + *abc* (adultério), o assentimento **(—** *a)* desfalcou o suporte fático.

§ 221. Atos-fatos em estado de necessidade

1. *Atos permitidos.* O estado de necessidade pode permitir atos que

atingem direitos reais, posse, ou direitos, pretensões ou ações de direito das obrigações (A. von Tuhr, *Der Notstand in Civilrecht,* 15 s.; Paul Krúckmann, Unmóglichkeit und Unmóglichkeitsprozess, *Archiu fuiir die ciuilistische Praxis,* 101, 4), ou de outros ramos. A questão, quanto aos direitos pessoais, é de grande importância no tocante à diferença entre impossibilidade superveniente da prestação e pré-exclusão da contrariedade a direito se o devedor está em estado de necessidade. O assunto desloca a responsabilidade pelo ilícito relativo para o terreno do ato-fato jurídico (arts. 1.519 e 1.520). Contra tal deslocamento, pronunciou-se H. Titze *(Die Unmõglichkeit der Leistung,* 6 s.). Devemos precisar bem o que se discute: ou *a)* o estado de necessidade (não se confunda com a força maior e o caso fortuito) não importa à relação jurídica entre credor e devedor, e o não-adimplemento da prestação produz todas as suas conseqüências ordinárias, segundo as *regras jurídicas sobre inexecução das obrigações* (arts. 1.056-1.058); ou *b),* por analogia, há-se dc tratar o estado de necessidade como o de perigo comum à coisa do credor e à do devedor, ou às coisas de diferentes credores, de modo que só em casos de responsabilidade por culpa lata seria possivel preferir a coisa sua á alheia; ou *c)* o ato em estado de necessidade pode ir contra coisa ou direito, pretensão, ação ou exceção ("coisa", no art. 160, II, e""bem") e então o dever de reparar *ex contractu,* ou por negócio jurídico unilateral, se extingue, e nasce o dever de reparação pelo ato-fato.

Desde logo observemos que o art. 160, [1, está na Parte Geral, e os arts. 1.519 e 1.520 no Direito das Obrigações, e não no Direito das Coisas, como o § 904 do Código Civil alemão; de modo que, no caso da opinião c), não se precisaria, em direito brasileiro, falar de analogia. Já isso implica a argumentação, sem que sejam diferentes os problemas e as soluções nos dois sistemas jurídicos.

Se o agente em estado de necessidade poderia lesar a coisa de outrem, inclusive, está claro, a coisa objeto da prestação já recebida pelo credor, ou já remetida, *a* fortiori não é contrário a direito o sacrifício dessa coisa se ainda não prestada. Alega e prova o estado de necessidade para mostrar que o seu ato não foi contrário a direito e, pois, não constituiu ilícito relativo; porque não foi contrário a direito, a sua responsabilidade é segundo, os arts. 1.519 e 1.520, e não segundo os arts. 1.056-1.058. E o caso do que vendeu grande lote de penicilina a ser entregue e, tendo havido grande desastre, a empregou nos feridos, não podendo adimplir no dia o contrato. Não houve impossibilidade sem culpa, nem com culpa; houve ato em estado de necessidade: ato não-contrário a direito; portanto ato inadequado a

figurar como elemento de suporte fático de ilícito relativo (infração contratual). Responsabilidade tem o devedor, não mais como devedor, e sim pelo ato-fato jurídico (ato em estado de necessidade). Contra tal ato, não poderia o credor vir com a legítima defesa, nem com a justiça de mão própria; o devedor, então, não incorre em pena contratual (A. von Tuhr, *Der Aliqemeine Te,* III, 607). Não seria, porém, de acordo com os princípios, que não respondesse pelo ato-fato jurídico, que do ato em estado de necessidade resultou (sem razão, W. Kisch, *Die Wirkunq der nachtràglich eintretenden Unmãglichkeit der ErfQllung,* 101): os arts. 1.519 e 1.520 incidem. Assim, se, após o prazo da locação, o locatário permanece na casa, por motivo de doença, ou outro motivo, que perfaça estado de necessidade, a indenização não é pelo não-adimplemento dos aluguéis; é a indenização segundo os arts.

1.519 e 1.520, uma vez que não houve prorrogação. Os aluguéis são elemento da indenização, mas pode haver outros elementos.

2. *Conseqüências.* No exemplo, que acima demos, da penicilina, o contrato de venda e compra está de pé, —

o vendedor tem de prestar o mais cedo possível e enquanto interesse ao comprador: esse pode pedir resolução do contrato, invocando o art. 1.092, parágrafo único, e indenização; ou apenas a reparação fundada no ato-fato jurídico. Se havia pena contratual, a alegação e prova do estado de necessidade pré-exclui a aplicação dela. No exemplo do locatário, nenhuma cláusula contratual pode ser invocada: não há mais contrato de locação (terminou, e não houve prorrogação, nem renovação).

Capítulo VIII

Teoria dos atos jurídicos

§ 222. Suporte fático com ato humano

1. *Fato e ato humano.* Já vimos que os fatos podem entrar no mundo jurídico, fazendo-se fatos jurídicos, dos quais se irradiam direitos,

pretensões, ações e exceções, de que são titulares as pessoas, quer sejam sujeitos passivos determinadas pessoas, quer o sejam pessoas indeterminadas. Vimos também que há fatos ilícitos, fatos que invadem a esfera jurídica das pessoas, sem terem partido de alguém, como a avulsão, ou o caso fortuito ou de força maior pelo qual alguém é responsável, sem, *ex hypothesi,* ter sido culpado, ou causador sem culpa. Também há atos humanos que entram no mundo jurídico como fato puro, dando ensejo à classe dos atos-fatos jurídicos e dos atos-fatos ilícitos. Quando o ato humano entra no mundo jurídico como ato, ou temos atos jurídicos *stricto sensu,* ou negócios jurídicos, ou atos ilícitos. Agora somente nos cabe tratar dos atos juridicos *stricto sensu* e dos negócios jurídicos, que são a parte mais importante do direito e cuja distinção é da máxima relevância para quem tenha de estudar o sistema jurídico, a incidência e a aplicação das regras jurídicas.

2. *Manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento.* Teremos de ver que nos atos jurídicos *stricto sensu* há sempre manifestação de vontade (ou comunicação de vontade), ou manifestação de conhecimento (ou de comunicação de conhecimento), ou manifestação de sentimento (ou comunicação de sentimento). Nos negócios jurídicos, há sempre manifestação de vontade, que pode ser simples, ou declarada, distinção que já aprofundamos no Tomo 1.

Quanto às manifestações e comunicações de conhecimento e de sentimento, devido a serem em menor número e a delas termos de falar quando as espécies nos ocorrerem, não precisamos de entrar em maiores indagações neste capitulo, de modo que apenas nos referiremos às manifestações de vontade, no que elas possam servir de material para os capítulos seguintes.

O silêncio pode ser manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento. E preciso que algo exista que permita tirar-se do calar o que se manifestou querer, conhecer ou sentir. Calar, só, não basta. E preciso ser concludente, isto é, que a pessoa que cala tenha o dever de manifestar e se haja de ter o silêncio como uma das manifestações possíveis: *Qui tacet quum loqui potuit et debuit consentire videtur* A manifestação pelo silêncio de modo nenhum se confunde com o silêncio, que apenas estabelece presunção de vontade, conhecimento, ou sentimento, ou apenas serve de indicio. Quando se fala de silêncio manifestação de vontade, conhecimento ou sentimento, é de silêncio concludente que se cogita. As fontes romanas não se referem à discordância pelo silêncio. Se se oferta e a aceitação não vem, não se

manifestou vontade, —

deixou-se de manifestar vontade, o que bem mostra como era desabusada a regra canônica * (*Qui tacet consen tire videtur* (A. Schneider, *Uber das concludente Stillschweigen,* 13).

A circunstância concludente, o fato concludente, é sempre aquele de que se pode concluir ter havido vontade *(ex quo voluntas concludi potest).* Há de ser ato, positivo ou negativo, que revele a vontade. As declarações, e não só as manifestações de vontade, podem ser tácitas, se a lei não lhes exigiu declaração. Não há qualquer contradição em se falar de declaração tácita de vontade (cf. W. Rôbler, *Die sogenannte stillschweigende Willenserklàrung,* 27). Aliás, a palavra, ainda escrita, pode servir a manifestações tácitas de vontade, como se, escrevendo a B para vir assistir àvenda do prédio a C, tacitamente manifesto que não o queria vender a D.

Criticou E. 1. Bekker *(System,* li, 73), por isso, o termo "tácita", mas sem advertir em que, aí, a palavra é fato, apenas fato *ex quo voluntas concludi potest.* Atividade pura, fática, de que se conclui ter havido manifestação de vontade. Não se trata de ficção, como se procurou insinuar; requer-se para a manifestação tácita de vontade a mesma capacidade que se exige para a manifestação expressa.

Não se há de confundir concluir com interpretar. Quando se afirma que houve vontade não se interpretou, —

interpretação é *pos terius.* Se A deixa que B passe por seu terreno, o que é mais cômodo para B, porque a sua casa não tem saída para a rua principal, é de *concluir-se* que manifestou tacitamente vontade (permitiu). Se B

pretende que A o permitirá amanhã, B interpreta erradamente a atitude de A: só se concluiria ter permitido *cada vez* (interpretação). Ressalta, assim, a diferença entre concluir havendo manifestação tácita de vontade e interpretar vontade, ainda tácita (J. Stõssel, *Die stillschweigende Willenserklàrung,* 34).

A manifestação de vontade tácita não se confunde com a presumida, em virtude de regra jurídica (presunção *iuris tantum),* ou em virtude de regra de experiência da vida (presunção *homin is).* O grau de seguridade é diferente, porque quem conclui ter havido tal vontade, não só presume: está certo (Heyne, *Cornrnentatio de Voluntatis tacite patefactae et praesumtae,* 10; J. Stóssel, *Die stillschwezgende*

Willenserklàrung, 6; 1 O. B.

Hãrlin, *Rechtliche Abhandlung uon der stillschweigenden Einwilligung,* 16).

O

problema da conceituação da manifestação tácita de vontade é problema técnico; a verificação de ter havido, ou não, in *casu,* tal manifestação, é problema prático, em parte psicológico, porém não só psicológico, porque se há de atender ao que objetivamente se manifestou, *ex Jactis* (concludente ato, concludente obra em sentido estrito, concludentes palavras, concludente silêncio). A manifestação tácita é a manifestação em que somente se sabe qual a vontade, o conhecimento ou o sentimento manifestado através de conclusões que se tiram de fatos (K. Huschke, *Die stillschweigende Willenserklàrung,* 45). *Videtur* e *inteliegitur* foram as expressões que Ulpiano empregou. Falta a imediatidade que haveria em dizer-se:

"Aceito a oferta". Apanha-se a vontade, o dado de conhecimento, ou de sentimento, em seu conteúdo e direção, mas mediatamente, após operação de raciocínio (Heyne, *Cornrnentatio de Voluntatis tacite patefactae et praesumtae,* 35: "Tacite patefacta voluntas non existimanda est, nisi quae ex certo quodam facto per ratiocinationem ita emergit, ut necessario exinde procedat, qua ipsa ratiocinatione probatio (artificialis) exsistit").

3. *Manifestações de vontade e recepção.* A vontade, que se leva em conta, de regra, no direito, é a vontade manifestada. Porém nem sempre a manifestação de vontade se basta a si mesma: há manifestações de vontade que precisam ser recebidas e manifestações de vontade que prescindem de recepção. Essas se chamam manifestações de vontade não-receptícias; aquelas, manifestações de vontade receptícias. A dícotomia é de grande utilidade, devido a diferenças de eficácia dos atos jurídicos *stricto sensu* ou dos negócios jurídicos em que as manifestações de vontade são, ou não, receptícias.

A recepticiedade da manifestação de vontade resulta da própria natureza dessa, como elemento do suporte fático do ato jurídico, ou de regra legal. Os que exigiam a regra jurídica especial erravam, como B. Matthiass *(Lehrbuch,* 1, § 49), E. Zitelmann *(En twu ri,* 22). Há manifestações de vontade, de conhecimento e de sentimento cuja

recepticiedade é *dado* que se impõe ao legislador (H. Gottschalck, *Die empfangsbedúrftige Willenserklárung,* 32 s.).

A "chegada" da manifestação de vontade só é essencial ao *efeito.* Não é elemento do suporte fático. O que é essencial, se se trata de manifestação receptícia, é a direção a alguém (A. Kunstmann, *Das "Zugehen" der rechtsgeschàftlichen Willen serklárung,* 31 s. e 100 s.). A recepção só é elemento necessário do suporte fático do negócio jurídico *bilateral* que se vai formar com a soldagem de efeito (A ofertou, E aceitou). A capacidade e os vícios têm de ser verificados em todos os figurantes, se bem que não no fossem no velho direito romano (cf. A. Ráver, *Uber die Bedeutung des Willens* bel *Willenserklàrung, 9)*.

Foi E. Zitelmann *(Die RechtsgeschàJte,* 1, 23; *Alígemeiner Te,* 93) quem deu o nome às manifestações de vontade, de conhecimento e de sentimento, que dependem para a eficácia. De recepção: *empfangsbedú rftige Willenserklàrungen.* A critica, que se lhe fez, de não serem recebidas se o destinatário não no quer, de modo nenhum bastaria a procurar-se outra expressão; porque:

o furtar-se o destinatário à recepção e ter-se como eficaz a manifestação de vontade não a torna menos receptícia; as expressões "manifestações que exigem serem dirigidas", "manifestação com destinatário", ou

"que devem chegar ao seu destino", não lhe levam a palma.

O fundamento para se conceberem muitas manifestações como receptícias está em que elas hão de ter efeito em esfera jurídica alheia e não se justifica que, pelo menos, não as recebam as pessoas cujas esferas jurídicas elas atingem. Foi erro grave, que já se corrigiu, o de se terem como receptícias todas as manifestações de vontade, ou de conhecimento, ou de sentimento, pelo menos as declarações. As próprias declarações de vontade, de conhecimento ou de sentimento podem não ser recepticias. Por outro lado, procurou-se apontar terceira classe de manifestações, junto às manifestações receptícias e às não-receptícias, e seriam as manifestações à autoridade. Mas as manifestações à autoridade são receptícias, são revogáveis antes que cheguem a ela e irrevogáveis depois de chegarem e serem recebidas; não é preciso a cognição pela autoridade, razão por que, depois de apresentada ao juiz e despachada por ele *(e.g.,* "Nos autos"), a petição do renunciante à herança, já é tarde para se revogar a renúncia,

embora não tenha sido lida por ele a petição.

Se a lei exige que a autoridade comunique ao interessado, ou interessados, tal exigência, que se faz dever do juiz, não é pressuposto da eficácia. A manifestação de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, dirigida à autoridade há de ser declarada e expressa. Tal é a regra. Porque a autoridade não está a par das circunstâncias, nem lhe cabe apreciar atos de que se possa concluir haver-se manifestado. A exigência das tomadas por termo e dos compromissos atendem a essa razão de política jurídica. Muito diferente é o que se passa quanto às manifestações que não se dirigem à autoridade pública, mas apenas são ante ela. Então, a autoridade pública não é destinatário, e sim participe da integração do ato jurídico, como se dá com os tabeliães quando os contraentes ou os testadores ou promitentes unilaterais manifestam, perante eles, a vontade. Se a manifestação de vontade se dirige a outra pessoa, que também manifesta o que quer, destinatário é essa outra pessoa. Ou, nos atos jurídicos *stricto sensu,* ou nos negócios jurídicos unilaterais, só há um figurante. A manifestação de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, é não-receptícia sempre que os seus efeitos não atingem a esfera jurídica de outrem, diminuindo-a. E o que se passa com o testamento, o ato de fundação, a derrelicção. Também não se exige a recepticiedade quando a direção é a pessoa indeterminada, como acontece com a promessa de recompensa e a aceitação da herança. No mais, a recepticiedade é dispensada quando só beneficia a outrem (reconhecimento da filiação, ratificação do ato jurídico anulável; assentimento posterior do que deveria assistir ao incapaz; abono de conta bancária). A eficácia da manifestação receptícia é desde que se fez ato jurídico, salvo se há separação entre a perfeição e a eficácia, devido à natureza do ato jurídico (e.g., o testamento só é eficaz a partir da morte do testador).

Se a manifestação de vontade não-receptícia é dirigida a alguém, como se fosse receptícia, é de discutir-se se a sua eficácia é desde a recepção, ou desde que se fez. A questão não é tão simples quanto pareceu a alguns.

Não se pode responder, *a priori,* que é revogável a manifestação de vontade não-recepticia que se concebeu como se fosse receptícia (J. Binder, *Die Rectsste(ung des Erben,* 1, 99), riam que o não é (H. Titze, *Die Lebre uorn Missuerstãndn is,* 32 s.). A questão é de fato; se houve manifestação, que teria de ser irrevogável, o elemento, a mais, da direção não a faz revogável; se houve apenas comunicação de intenção, não é de revogação que se trata, e sim de não-persistência da intenção.

Cumpre que se não confunda a pluripersonalidade e a plurilateralidade. Se A, B, e C assumem obrigação perante D, há pluripersonalidade (A, B e C) e plurilateralidade (A, B e C; D). Na pluripersonalidade, há o mesmo lado jurídico para duas ou mais pessoas; na plurilateralidade, há dois ou mais lados. A pluripersonalidade pode dar-se também na representação (e.g., art. 1.304, 2ª parte, sobre mandatários conjuntos); a plurilateralidade também (e.g., C representa a A, D representa a B). Se, para o negócio jurídico, é preciso o assentimento de alguém (e.g., tutor, cônjuge), tal exigência não pluripersonaliza. A promessa de recompensa feita pelo relativamente incapaz com a assistência do titular do pátrio poder, do tutor ou do curador, ou a do cônjuge com o assentimento do outro, continua negócio jurídico unilateral e impessoal. Bem assim, a denúncia do contrato. Para esses casos de assentimento de outrem há, quer se trate de negócios jurídicos bilaterais, quer de negócios jurídicos unilaterais, o art. 132. No direito alemão, discute-se *a)* se hão de ser conjuntas a manifestação de vontade dos figurantes em caso de pluripersonalidade (princípio da contemporaneidade), ou *b)* se podem ser separadas e não-contemporãneas. Segundo *b),* K. Hellwig *(Lehrbuch,* III, 104, nota 21) e outros; sem razão (A. von Tuhr, *Der Allgerneine Te,* li, 231). No direito brasileiro, a prova, em se tratando de assentimento de outrem, é a mesma, mas apenas é recomendável que conste do mesmo instrumento o assentimento (art. 153). Porém não há regra jurídica escrita para os casos de pluripersonalidade. A forma é exigida a todas as pessoas se é o negócio jurídico que a exige; se subjetiva a exigência, a cada uma, que tenha de observar a forma especial para se manifestar *(e.g.,* é analfabeta a pessoa).

Se há pluripersonalidade, portanto dependência da assinatura de todos os figurantes do mesmo lado, somente se conclui o negócio jurídico com a última manifestação de vontade. Cada manifestação de vontade prende o manifestante. Temos de ver o problema no plano da eficácia, sem distinguir negócios jurídicos unilaterais e negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais: o efeito é que só se produz com a última manifestação de vontade. Tanto assim que, se o que assinou morre, ou se torna incapaz, nem por isso se perde o que foi assinado. Nenhuma pertinência teria aqui invocar-se o direito romano, que teve solução diferente (Paulo, L.

18, D., *communia pra ediorurn tam urbanorum quarn rusttcorurn,* 8, 4), com a retroeficácia.

§ 223. Manifestações de vontade receptícias

1. *Conceito.* Chamam-se manifestações de vontade receptícias as que têm de dirigir-se a alguém, que as receba (E. Zitelmann, Die *Rechtsgescbàfte,* 1, 26; *AllgemeinerTe,* 93, que lhes deu o nome). Falou R.

Leonhard *(Der Aligemeine Te,* 268) de manifestações de vontade dirigidas, sem serem receptícias, mas a espécie não existe: ou as manifestações de vontade precisam ser recebidas ou não precisam; todas têm de ser exteriorizadas, o que implica direção, ainda que larguíssimo o campo a que se dirigem. CombaTe J. Kohler (Zwõlf Studien, III, *Archiu Júr Búrgerliches Recht,* 13, 218) o uso da expressão "manifestações de vontade receptícias" *(empfangsbedúrftige Willenserklàrungen)* e preferia *(Lehrbuch,* 1, 499) a expressão *ankunftsbedúrJtige Wullenserklàrungen,* manifestações de vontade chegantes, chegadiças, isto é, que têm de chegar. O chegar é elemento essencial à eficácia de tais manifestações, mas o chegar, de que se trata, é um receber, em sentido comum ao direito e à fisica, o haver receptor, que ela atinja, destinatário, que ela alcance.

O adjetivo "recepticio" é o que mais quadra, porque não é só chegar, que pode significar presença sem contacto, nem é, tampouco, a aceitação ou qualquer ato do receptor.

O elemento recepção não é essencial à manifestação mesma; só o é à sua eficácia: quando o manifestante a emite e dirige, com os requisitos para ser recebida, está feita a manifestação recepticia de vontade; só a sua eficácia depende da recepção mesma. Esse ponto, que foi assaz discutido, acabou por ficar assente (P.

Oertmann, *Aligemeiner Te,* 402; G. Planck, *Kommentar* 1, Q ed., 339; A. von Tuhr, *Der Aligemeine Te,* 1, 432). No direito brasileiro, outra não pode ser a solução (cp. art. 1.081, 1 e IV). Nem há distinguirem-se manifestações de vontade recepticias entre presentes e manifestações de vontade receptícias entre ausentes: o

§ 130 do Código Civil alemão, que parecia distingui-las quanto à eficácia, se não foi erro dos legisladores (O. von Gierke, Der *Entwurf,* 163), apenas se refere à espécie das manifestações receptícias de vontade entre ausentes, sem atribuir à outra ser regulada por outros

princípios.

O

conceito de manifestação recepticia de vontade é, por bem dizer, o conceito central no trato científico dos atos jurídicos (E. Zitelmann, *Die Rechtsgeschäfte,* 1, 98). As pessoas que estão em presença são pessoas entre as quais é mais fácil e mais provável, por mais frequente, o contacto da manifestação de uma com a psique da outra; porém isso não importa em dizer-se que não seja possível não se dar o contacto, a recepção, nem, tampouco, que não possa ser, in casu, mais fácil o contacto entre o manifestante e o destinatário, se não estão presentes. Posso ter mais dificuldades em falar com o meu vizinho do que com o destinatário que está em Nova lorque; e posso receber resposta de telegrama mais depressa do que a de alguém, a quem ofertei e está a ler os documentos e a oferta da fazenda de gado, no meu escritório. Dir-se-á que o art. 1.081, 1, embora referente à aceitação, supõe a recepção e a aceitação imediata, para que se torne irrevogável a manifestação receptícia de vontade; ao passo que, no art. 1.081, IV, há todo um lapso em que se pode revogar e enquanto não chega a revogação está de pé a manifestação de vontade. A diferença é só aparente: ainda entre presentes, enquanto a manifestação de vontade não é revogada, ou não se esgota aquele prazo curtíssimo, que cabe no "imediatamente" do art. 1.081, 1, (e.g., tempo necessário à leitura e meditação), o efeito é o mesmo do art. 1.081, IV. O elemento que faz a manifestação de vontade ser entre presentes ou entre ausentes é mais espacial que temporal, porque o tempo é que se encurta ou se alarga se se usa meio mais rápido ou meio mais demorado de transmissão. Dai o problema das transmissões telefônicas, que tinha de ser resolvido ou pela mais atenção ao espaço que ao tempo e, então, seria entre ausentes a manifestação de vontade, ou pela maior atenção ao tempo, que aí se encurta até quase ao ponto de tempo, como entre pessoas espacialmente presentes. A solução foi no último sentido (art. 1.081,1, alínea 2t "Considerase também presente a pessoa que contrata por meio de telefone"). Pode uma estar no Brasil e outra em Londres, ou no Japão. Duas pessoas na mesma sala podem não estar em situação de correr o tempo para a recepção imediata, como se A oferta a B e B está, há duas horas, em conferência com C, ou com C e D. A ciência jurídica muito lucra em que se trate a dicotomia "entre presentes e entre ausentes" como dois conceitos que atendem à relatividade das relações espácio-temporais. Já a solução dada às manifestações de vontade pelo telefone foi típica (cp. E. Koppers, Die Vollendung einer múndiichen Willenserklãrung, *Gruchots Beitràqe,* 46, 226). Na discussão entre a teoria da expedição e

a teoria da recepção, chega-se, quanto às manifestações receptícias de vontade, à tautologia: é preciso a recepção para que sejam irrevogáveis. A eficácia, aí, é a da irrevogabilidade.

Se a manifestação receptícia, seja de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, não é recebida, ou não é o caso de se ter como recebida, é ineficaz; inclusive se falta a quem recebe capacidade para receber, ou poder para receber (W. Koehne, *Vertretung im Empfong von empjanqsbedúrftigen Willenserklàrungen,* 5). Se, com ela, se vai compor negócio jurídico bilateral, falta o elemento (eficacial) que possa colar as duas manifestações recepticias de vontade. Só se trata, em verdade, de elemento eficacial (E. Zitelmann, *Aligemeiner Te,* 95).

O suporte do ato jurídico, por manifestação recepticia de vontade, perfaz-se com a direção a alguém; a recepticiedade somente concerne à eficácia, não a sua validade, nem, com mais forte razão, a sua existência como ato jurídico. Se ninguém está no ponto a que ela se dirige, ou se não se dirigiu a quem se devera dirigir, é ineficaz. Se só se dirigiu a uma, ou a algumas pessoas, daquelas a que se deveria dirigir, é relativamente ineficaz. Bem assim se se dirigiu a quem era incapaz de recebê-la (W. Koehne, *Vertretung im Empfang uon empfangsbedúrftigen Willenserklàrungen,* 5). Se falta a direção, *e.g.,* o manifestante não a quis dirigir, se bem que houvesse manifestado a vontade, então, sim, não se perfez o ato jurídico. A recepção só é pressuposto da *eficácia* da manifestação recepticia de vontade (E. Zitelmann, *Aligemeiner Te,* 95). Não se confunda a existência da oferta e a existência do negócio jurídico bilateral.

A representação passiva (a representação na recepção de manifestações de vontade recepticias) exige o poder de representar. Se não no há, a manifestação recepticia de vontade, a despeito de ter sido dirigida a quem deveria ter sido, é ineficaz. Dá-se o mesmo se recebida pelo incapaz de direito, ou de representar em ato jurídico. Em se tratando de órgão, ou núncio, ou de instrumento, é o próprio destinatário quem recebe, por intermédio do seu órgão, ou instrumento, e não há pensar-se em representação: o porteiro, o receptor mecânico, o registrador automático, são como o braço ou o ouvido humano.

Discute-se se manifestações recepticias de vontade podem ser dirigidas ao advogado do autor *(e.g.,* alegação de compensaçáo, ou de revogação da procuração). Negou-o Fórtsch (Die empgangsbedúrftigen

Willenserklãrungen im Prozess, *Deu tsche Juristen-Zeitung,* IV, 489 s.), de jeito que se precisaria de poder especial; afirmou-o W. Koehne *(Vertretung im Ernpjang,* 62). No direito brasileiro, se o advogado tem poder de receber citação, tem-no para receber qualquer manifestação receptícia de vontade que não importe em oferta; se não tem poder de receber citação, não no tem para receber qualquer manifestação receptícia de vontade que não seja ato do próprio procedimento para o qual foi constituído.

2. *Chegado.* Diz-se que chegou a manifestação quando o destinatário pode, em circunstâncias normais, tomar conhecimento do conteúdo da manifestação de vontade e, segundo os usos do tráfico, se perfez o tempo necessário para se ultimar a cognição. E preciso, portanto, que tenha tomado conhecimento, ou, pelo menos, esteja em situação de fato e de direito de tomar tal conhecimento. A carta e o telegrama são eficazes, quanto à irrevogabilidade e quanto ao contar do tempo para a aceitação, se se trata de negócio jurídico bilateral, ao serem entregues no domicílio do destinatário, ou no lugar em que se estabeleceu, ou quando lhe é entregue em mão, ou quando o correio deposita a carta na caixa postal, correndo o tempo necessário para ser apanhada, ou o telégrafo avisa que tem telegrama, que vai ser entregue, e o lê por telefone, na íntegra.

Tratando-se de entrega em lugar de trabalho, fora da hora de serviço, *e.g.,* sábado à tarde, ou domingo, enten de-se que chegou à abertura do escritório do primeiro dia de trabalho; mas, se, no intervalo, a carta ou telegrama é aberto pelo destinatário, ou a pessoa que tem de responder sem consultar ao destinatário, pode ser tida como efetuada a entrega, a libito do receptor, ou dele ou do manifestante, se é de uso entre eles que se conte com a abertura das cartas e telegramas ainda nos dias feriados, domingos e outros dias de descanso.

Os mesmos princípios incidem em se tratando de caixas postais. Se o destinatário manda buscar a correspondência ao correio, em vez de esperar que o correio lha entregue, desconta-se o tempo que se teria de gastar na ida e volta e na espera de se abrir o correio e se iniciar o serviço do destinatário (H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 447, notas 9 e 12; J. W. Hedemann, Zivilistische Rundschau, *Archiu for Búrgerliches Recht,* 25, 360; sem razão, H. Titze, Der Zeitpunkt des Zugehens, *Jherings Jahrbdcher,* 47, 387). Não é elemento necessário da chegada que o destinatário tenha em mão a carta; *e.g.,* o filho do destinatário recebeu-a na rua e telefonou ao pai, transmitindo-lhe o conteúdo; nem no é que na posse dele permaneça (A. Manigk,

Wullenserklârung und Wullensgeschàft, 309; E. Hólder, *Zur Theorie der Willenserklârung,* 95; sem razão, Th. Kipp, em B. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 341, H. Titze, *Jherings JahrbOcher, 47,* 387 e J. Breit, *Sâchsusches Archiu,* 15, 653): portanto, não é preciso que tenha sobre o escrito poder de disposição (sem razão, O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 211), uma vez que há manifestações receptícias de vontade dirigidas a duas ou mais pessoas, separadamente, e até por meios de radiocomunicações ou televisão. Não se exige o ter notícia, nem a tomada de conhecimento fática. Se o destinatário, ao ser apresentada a carta, ou telegrama, ou ao encontrá-lo, ou ao encontrar a carta, devolve o que se lhe apresenta, ou encontra, chegou-lhe a manifestação receptícia de vontade. Não há chegada se a carta foi registrada e não se encontrou o destinatário; nem se o manifestante a endereçou a outrem, para que a entregasse a esse ainda não no fez, ou não no fez a tempo (E Oertmann, *Allgemeiner Te,* 409). O fato de ter o destinatário lido a carta, ou o original do telegrama, ou outro escrito, ou ter tido comunicação por outrem, antes da chegada, não encurta o tempo para se considerar recebida *(P.* Oertmann, *Allgemeiner Te,* 404).

A ligação do conceito de entrega à posse do escrito era insustentável (J. W. Hedemann, Civilistische Rundschau, *Archiu for Búrgerliches Recht,* 25, 360 5.; E. Hólder, *Zur Theorue der Willenserklârung,* 93 s.; sem razão, H. Titze, Der Zeitpunkt der Zugehens, *(Jherings Jahrbdcher,* 47, 387). O destinatário pode nunca ter tido a posse.

Tampouco, é de ligar-se a entrega ao conhecimento do conteúdo. Se é ao núncio ou mensageiro que se entrega, pode discutir-se se a entrega é desde que esse recebeu o escrito ou o texto oral, ou desde que o recebe o destinatário. Se na casa do destinatário, a primeira alternativa é que se há de acolher (E. Hólder, *Aligemeiner Te,* 293). Contra isso, afirmando que a entrega só se consuma ao ser transmitida a manifestação de vontade ao destinatário, H. Dernburg *(Das Búrgerluche Recht,* 1, 3ª ed., 447, nota 8) e E. Koppers (Zugehen mtindlicher Willenserklãrungen, *Deutsche Juristen-Zeitung,* 11, 75). Se foi por meio de carta, a entrega ao mensageiro, ou a pessoa da casa é definitiva; se foi oralmente, é questão de fato se o destinatário admitiria a entrega da manifestação oral de vontade. Houve quem pensasse que se teriam de invocar os princípios concernentes à manifestação receptícia de vontade entre ausentes. A entrega tem de ser feita. Mas entrega é dar ao destinatário a possibilidade de conhecer. Não conhece, se não quer. Se A entrega a B cofre fechado, que contem manifestação escrita de vontade, não entregou, no sentido que nos interessa. Mas isso não significa que B não haja recebido a

manifestação de vontade, se no cofre, com documentos, ou sem eles, por exemplo, está oferta escrita, e B, a quem comunicou, com o segredo do cofre, se esquece de abri-lo.

Expõe-se B a que, na manifestação de vontade de A, se haja incerto que A tem a não-resposta como aceitação. Se B, em vez de se esquecer de abrir o cofre, se esquece do segredo, tem o dever de aviso imediato ou de pedir a A que lho repita.

O elemento "tomada de conhecimento" pode ser exigido, porém é elemento a mais, que depende de lei, ou dos usos, ou de prévia exigência negocial. Então, é preciso haver legibilidade e inteligibilidade do escrito ou da manifestação oral, ou por outros sinais (G. Planck, *Kornmentar,* 1, 331). A destruição, sem se ler, não prova não se ter tido conhecimento (H. lsay, *Die WiIlen serklàrung in Tatbestande des Rechtsgeschàfts,* 92), porque há, de regra, dever de ler-se o que se recebe.

3. *Tempo para a chegada.* Se há tempo para que dentro dele chegue a manifestação receptícia de vontade, ou por exigência legal, ou por efeito de negócio jurídico entre manifestante e destinatário, cumpre distinguir-se se houve dolo, ou culpa do destinatário, ou acidente fático, para tardar. Se houve dolo do destinatário, entende-se ter chegado a tempo a manifestação de vontade (H. Habicht, Der Verhinderung der Abgabe einer Willenserklãrung, *Deutsche Jurtsten-Zeitung,* Vi, 265, que levantou o problema). Se houve culpa e o destinatário interpreta que chegou tarde, responde pelo ato ilícito absoluto, ou relativo, conforme a espécie.

Se houve acidente, tem-se a manifestação de vontade como não-chegada a tempo. A questão é de grande interesse prático para se saber quais as soluções se, podendo A denunciar o contrato até certa data, denuncia, mas a carta registrada não chega a tempo a B, *(a)* porque E dolosamente embarcara, ou *(b)* porque E foi para estação de águas, sem deixar qualquer pessoa em casa, ou (c) porque o serviço do correio, que devera ter entregue a E a carta dentro do prazo, só a entregou depois. Quanto a (a), existe, no direito processual, a solução da citação com hora certa, ou por edital; idem, quanto a *(b).* Mas o manifestante pode ignorar o que aconteceu com a sua carta, ou telegrama, ou não ter tempo para a denúncia por via judicial. O fundamento para se considerar, em *(a),* recebida a manifestação receptícia de vontade, está em que se há de ter por acontecido o que alguém obstou para proveito próprio, se estava adstrito a não agir

(Non debet cui suffragari malitia sua, nec ex fuga commodum reportare, Tomé Vaz, *Aliegationes* super *varias rnaterias,* a. 46, nº 9; Bento Pereira, *Prornptuarium Iuridicurn,* 249; cp. art. 120). Enquanto H. Habicht (VI, 265 s.) invocava os princípios da boa-fé, H. Titze (Der Zeitpunkt des Zugehens, *Jherings Jahrbbcher,* 47, 452 s.) trazia à balha a regra sobre o credor em mora (art. 958). Porém todas essas regras jurídicas são deduzidas do principio geral.

Quanto à culpa do destinatário, até ai se sustenta que possa considerar-se entregue a manifestação de vontade (H. Titze, 47, 452 s.); mas a solução científica é a de se pôr ao destinatário o dilema: ou a tem por eficaz, ou responde por perdas e danos.

A alusão ao art. 120, que acima fizemos, ocorreu a outros juristas, mas H. Habicht (Der Verhinderung der Abgabe, *Deu tsche Juristen-Zeitung,* VI, 265 s.) tentou ver no prazo para a revogação, preclusivo, condição, o que seria forçar a construção (cp. H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 34 ed., 451; A. David, Verhinderung bei der Abgabe einer empfangsbedúrftigen Willenserklãrung, *Gruchots Beitràge,* 46, 232 s.).

Também é de excluir-se que se trate de ficção: a demora por dolo é descontada ao tempo que custou para chegar a revogação; não se finge, razão por que é de se pôr de lado o argumento de que seria adotar-se, sem lei, ficção, infringindo-se os princípios (H. Titze, Der Zeitpunkt des Zugehens, *eJherings Jahrbticher,* 47, 449; G. Peipelmann, *Die "empfangsbedOrftig~" Willenserklárung,* 33). O prazo dilata-se porque o dolo do destinatário se intercalou, como se esse desliga, propositada-mente, o telefone.

4. *Chegada entre presentes.* Desde o momento em que o escrito, ou a manifestação oral, pode ser entendida pelo destinatário, dá-se a chegada. Tratando-se de escrito, basta que possa lê-lo. Daí em diante corre o tempo necessário para a aceitação, se é o caso. Se a manifestação é oral, a chegada é no exato momento em que o destinatário ouve ou pode ouvir, ou, podendo ouvir, ou tendo de ouvir, ou entendendo, ou podendo, ou tendo de entender o núncio aos sinais, se recusa a isso *(e.g.,* tapa os ouvidos, G. Planck, *Kommentar,* 1, 333; H.

Rehbein, *Das Búrgerliche* Cesetz *buch, 1,* 122; sem razão, P. Eltzbacher, *Die Handlungsfãhigkeit,* 1, 237; Fr.

Leonhard, Die Wahl bei der Wahlschuld, *Jherings Jahrbúcher,* 41, 33).

A coincidência entre recepção e conhecimento não é necessária; basta que o destinatário possa entender ou tenha de entender (sem razão, J.

Breit, 15, 658). Não échegada a entrega, seguida dc retomada, sem que o destinatário tenha visto (O.

Warneyer, *Kommentar,* 1, 213). Não assim, se A apresenta o escrito e o destinatário restitui o escrito, sem o ter lido. Idem, se o manifestante apresenta recibo do escrito, para que o destinatário o assine, e esse o restitui, sem assinar. Também o mesmo ocorre se o membro da sociedade entrega ao presidente da assembléia geral, ou à mesa de diretores, carta que foi enviada por sócio ausente: a cognição não é exigida. A publicidade da forma da manifestação de vontade, e.g., a denúncia por escritura pública, não é entrega. E preciso que se envie ao destinatário, pois que não foi co-figurante, nem se declarou presente.

5. *Representação e nunciatura.* A representação para a manifestação recepticia de vontade contém poder para a remessa e as demais providências para que o destinatário a receba. Para recebe-la, é preciso poder de representação. Se a manifestação receptícia de vontade é feita por intermédio do empregado, ou se entende haver representação, ou nunciatura. A telefonada a quem há de pagar, para que não pague, entende-se feita àquele que devia o pagamento; salvo se toda suspensão depende, pelos usos, de ordem do que é devedor, ou se paga por outrem, *Sponte sua.* Se algum serviçal ou pessoa empregada, que pelo uso transmite manifestações de vontade, volta com a afirmação de que transmitiu a manifestação de vontade, entende-se que foi entregue no momento da transmissão ao destinatário; idem, se foi esse que enviou a pessoa para apanhar a manifestação de vontade. A manifestação receptícia de vontade por núncio do manifestante éentre presente; feita ao núncio do destinatário, também. Mas, num e noutro caso, o fato da transmissão é elemento necessário, salvo circunstância especial, como se o destinatário envia o núncio para conhecer o que se manifesta.

6. *Telefone.* O art. 1.081, 1, alínea 2ª, diz que as manifestações recepticias de vontade por telefone são entre presentes. Para que isso se dê, é de mister: *a)* que manifestante e destinatário estejam na linha do telefone; b) que a manifestação de vontade se haja ultimado; *c)* que o destinatário tenha ouvido, ou tenha podido ouvir, ou, inteirado de que se tratava e de que, se tenha recusado a ouvir. Incidem os

princípios concernentes às outras manifestações receptícias entre presentes. Se há, no fim da linha, outra pessoa, que não seja órgão, representante, ou pessoa encarregada, pelo uso, de receber as manifestações de vontade, ou essa manifestação de vontade, a manifestação de vontade é entre ausentes, dependendo de transmiti-la quem ouviu (G. Planck, *Kommentar,* 1, 334; C. Crome, *System,* 1, 392). Se se trata de gerente, ou preposto, de casa comercial, a manifestação de vontade a ele, pelo telefone, é entre presentes (P. Oertmann, *Allgemeiner Te,* 408; E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8ª-9ª ed., 314; sem razão, G. Planck, *Kommentar,* 1, 334). A conversa telefônica por intermédio da telefonista é entre ausentes. Dá-se a chegada no momento em que a telefonista ou alguém da empresa entrega ao destinatário o papel da conversa, qualquer que seja o modo de escrita (H.

Titze, *Die Lehre uom Missverstãndn* is, 198, nota 10; 8. Koppers, Zeitpunkt der Vollendung, *Deu tsche Juristen-Zeitung,* 10, 195; sem razão, H. Sames, *Der Ferndrucker ais LJbermittler von Willenserklàrungen,* 9, 1.179). A transmissão por procurador rege-se pelos princípios concernentes à representação.

O telefone diminui o tempo, a ponto de tornar curto o espaço. O tempo está, ai, a eliminar espaço. Ocorre a respeito do telefone, no mundo fático, o que se dá a respeito de outros expedientes, jurídicos, como o registro da propriedade imobiliária que leva a todos a cognição da constituição ou transferência do direito real.

Se o manifestante da vontade pede duas ligações para o destinatário, uma para a residência, onde se acha, de ordinário, até as 11 horas, e outra para o escritório, não pode revogar após as 12 horas a manifestação de vontade que fez antes das 12 horas para o escritório, nem com a ligação para o escritório a que fez antes para a residência, desde que houve recepção. Se A telefonou ao corretor sobre compra de ações e revoga a incumbência, por telefonema ao empregado do escritório, após a compra das ações, que efetuou o corretor porque ignorava a revogação e não estava no escritório, mas na bolsa, há de se pensar nos arts. 1.316, 1, e 1.321, e não no art. 1.081, IV (cf. W. Neugebauer, *Was ist in ~13O BOR. unter "Zugehen" zu verstehen?,* 50).

7. Eficácia. Quando se diz que a manifestação recepticia de vontade é eficaz com a chegada, não se afirma que ela não tenha qualquer efeito, antes disso. O efeito, a que se alude, é o efeito de irrevogabilidade.

Para se evitar a irrevogabilidade, é preciso que *antes* da chegada, ou simultaneamente com ela, chegue a revogação (art. 1.081: "Deixa de ser obrigatória a proposta: IV. Se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente"). O art. 1.081, IV, refere-se a "conhecimento". A interpretação do art. 1.081, IV, não pode ser literal. A manifestação de vontade chega no momento em que o destinatário conhece ou pode conhecer o seu conteúdo, isto é, quando, segundo o uso do tráfico, devia ter aberto a carta, telegrama, ou outro meio de transmissão. A revogação é manifestação unilateral de vontade, que deve chegar ao destinatário antes da chegada da manifestação de vontade, a que se refere, ou, pelo menos, simultaneamente. O manifestante tem de utilizar meio mais rápido de transmissão (telégrafo, telefone, divulgação pelo rádio ou pela televisão), de modo que não chegue mais tarde do que a manifestação de vontade a revogação. Uma das formas da revogação é a tomada de providências, para que não chegue ao destinatário a manifestação de vontade já remetida; *e.g.,* o manifestante telegrafa à pessoa, que é portadora da carta, ordenando-lhe que não mais a entregue (revogação indireta). A revogação há de chegar no momento em que chega a manifestação de vontade, ainda que essa haja chegado antes do tempo que se esperava tardasse (H. Titze, Der Zeitpunkt des Zugehens, *Jherings iahrbúi.cher, 47,* 394 5.; sem razão, G.

Planck, *Kommentar,* 1, 339). Se a revogação chega depois da manifestação de vontade, a que se refere, é ineficaz. A razão para não se exigir o conhecimento, por parte do destinatário, se a revogação chegou depois da manifestação de vontade, nem se levar em conta ter o destinatário conhecido depois da chegada da revogação a manifestação de vontade que chegara antes, está em que todos têm dever de se inteirar das cartas, telegramas e demais meios informativos, que lhes chegam; e não importa, para o bem ou para o mal do receptor, para cujo dever de abertura não se distinguem manifestações de vontade feitas por outrem, se preferiu tomar conhecimento das cartas, ou de alguma carta, ou algumas cartas, em vez de outras, o□u dos telegramas, ou de alguns telegramas, em vez de outros, ou das cartas, ou vice-versa. Até certo ponto, quem revoga, pois que a revogação só tem eficácia se chega antes, ou ao mesmo tempo que a manifestação de vontade, a que se refere, continua vinculado pela manifestação de vontade: o ato revocatório entrou no mundo jurídico, mas somente surte efeitos se chega a tempo.

A respeito de revogação da manifestação de vontade, há opinião de H. Isay *(Die Wullenserklãrung im Tatbestande des Rechtsgeschãfts,* 65), que se precisa lembrar, e criticar: para ele, a revogação da manifestação de

vontade como tal não é para pensar-se, — manifestação de vontade como tal não se pode revogar, porque não é de admitir-se que se faça não ter sido o que foi. Só se poderia, portanto, admitir que a revogação atingisse a eficácia. Revogar seria ir contra os efeitos produzidos e a produzirem-se. Assim, chegando a revogação antes ou simultaneamente com a manifestação de vontade, a que se refere, impediria a eficácia; seria a eficácia da doação, e não a doação mesma, que se atingiria com a revogação por ingratidão.

Tais proposições são falsas. Revogar é retirar a *uox,* quer se trate de manifestação de vontade, quer de conhecimento, quer de sentimento, desde que na espécie se permita. Tudo se passa no plano da existência , mas com a particularidade de ser mais profunda a operação, que é d *esde* o mundo fático: em vez de se desconstituir, por alguma causa de nulidade, ou anulabilidade (plano da validade), ou de rescisão, ou de resolução, desconstitui-se desde baixo, desde o suporte fático, a que se subtrai a *uox,* a voz que exprimiu a vontade, o conhecimento, ou o sentimento.

A possibilidade de revogar cessa quando não há mais tempo de chegar, antes da manifestação de vontade, ou com ela, a revogação. Se a revogação chega e o destinatário recusa, ou aceita, o seu ato cai no vácuo. Porque não há mais voz a que repila, ou com a qual concorde: foi retirada. Se o manifestante revogou com tempo bastante para a chegada antes, ou ao mesmo tempo (como se remeTe por avião a carta, tendo a primeira ido por navio, e a revogação chega depois), *cuius* est *periculum eius commodum esse debet.*

Discute-se se a revogação pode ser excluida, de modo que a manifestação de vontade se torne irrevogável. A respeito, A. von Tuhr *(Der Aligemeiner Te,* II, 448, nota 273) lançou como princípio que o manifestante não pode renunciar ao direito de revogação, porque a eficácia do ato jurídico unilateral, que provém da lei, não pode ser aumentada por vontade do manifestante. Tal afirmativa é extrapolação do principio concernente aos testamentos e a outros atos jurídicos considerados, por lei, revogáveis (art. 1.626, *verbis* “ato revogável”).

Quanto à procuração, a lei permite, explicitamente, a irrevogabilidade (art. 1.317, 1). Não se pode, *a prio ri,* afirmar que os atos jurídicos unilaterais não possam levar consigo a cláusula de irrevogabilidade. Tem-se de examinar cada uma das espécies. Por outro lado, vale e é

eficaz o acordo pelo qual alguém admita que as declarações ou manifestações de vontade futuras, a respeito de algum negócio, ou de alguma matéria, sejam irrevogáveis.

Também se permite estabelecer que a manifestação futura de vontade se tenha como recebida após certo tempo da remessa, bem como a cada remessa (H. Titze, *Die Lebre vom Missverstàndn is,* 272; W.

Wedemeyer, Die Aeusserungstheorie im geltenden Recht, *Deutsche Juristen-Zeitung,* 17, 252). A revogação após a chegada é ineficaz, anda que o destinatário só depois leia a manifestação de vontade (H. Titze, *Die Lebre vom Missuerstàndnis,* 236; P. Oert.~nann, *Aligemeiner Te,* 406; G. Planck, *Kommentar,* 1, 339; sem razão, E. Hôlder, *Zur Theorie der Willenserklàrung,* 109 e 129). A prova de que a revogação chegou a tempo incumbe ao que afirma a revogação (Er. Leonhard, *Die Beweislast,* 311).

Para se explicar a irrevogabilidade de certas ofertas pensou-se em haver, nelas, promessa de obrigação de não fazer. Verdade é que, revogada, a aceitação a teria tornado parte do contrato, em vez de ter o oferente de prestar perdas e danos. Outros entenderam que se havia de manter a palavra dada (H. Siegel, *Das Versprechen ais Verpflichtungsgrund,* 54) , o que não basta à explicação. Nem bastaria a assimilação à renúncia (renúncia a revogar, E Regelsberger, *Civilrechtliche Eràrterunqen,* 1, 101). Trata-se de *mais* um efeito do negócio juridico da oferta; o efeito mínimo é o de poder ser aceita, antes de revogada, se revogável.

A resistência a essa concepção é a mesma que se fez sentir contra todos os negócios jurídicos unilaterais. A concepção de hoje beneficiou-se com a maior relevância que o direito germânico atribuía ao dar, ao prometer, ao devedor, em vez de ao tomar, ao crédito, ao credor (cf. C. A. Schmidt, *Der prinzipielie Unterschied zwiscben dem rõmiscben und germaniscben Recht,* 251 e 261). Mas alcançou-se a síntese, com a paridade jurídica dos figurantes e das figuras (oferta, aceitação).

§ 224. Dever de receber manifestação de vontade

1. *Conceito.* Falando-se de dever de receber manifestação de vontade,

fala-se, necessariamente, de direito a que alguém a receba; porém não, em todos os casos, de pretensão a que o que tem o dever a receba (sem razão, E. R. Bierling, *Juristische Prinzipienlebre,* 1, 171). tal dever de receber manifestação de vontade ou existe *a priori,* ou resulta de certa participação no tráfico; e aí está a primeira questão.

2. *Dever geral e dever especial.* Dever de receber manifestação de vontade, sem alusão a circulo social em que o tráfico o crie, não existe. O corretor de fundos tem deveres que as outras pessoas não têm; têm os comerciantes deveres de receber manifestações de vontade de compra, ou de venda, que as outras pessoas não têm. Não tenho qualquer dever de receber manifestação de vontade de pessoa que quer comprar a minha casa; não sou corretor de imóveis. Mas tenho o dever de comparecer a juízo se ela entende que a casa lhe pertence. Outrossim, se já estivemos em conversação sobre o assunto, e ficou estabelecido que receberia oferta; ou, quanto a profissionais, se resulta da natureza da profissão, ou do uso. O médico, que foi chamado, com urgência, tem de dizer se vai, ou não, à casa do doente; o operador tem de avisar se pode, ou não, operar, se lhe foi comuninada a urgência da operação, ou se o paciente já foi internado na casa de saúde, ou se em carta se lhe pediu resposta. Não importa se se trata de negócio jurídico bilateral, ou unilateral, ou de ato jurídico *stricto* sensu, receptício ou não. Embora raro, o dever de receber pode surgir quanto a manifestações não-receptícias de vontade. Na discussão em torno do assunto, houve os que negaram a existência de qualquer dever de receber manifestações de vontade; outros tinham como assente o dever geral de receber. O dever geral existe, mas se as circunstâncias o criam. Não há dever sem que nasça de fato jurídico. O estabelecer-se com casa de comércio é fato jurídico, que cria dever de recepção; o ser médico e clinicar, o ser advogado, o ser corretor ou agente de passagens, e assim por diante.

Ê irrecusável que possa nascer dever de receber por parte de todas as pessoas a respeito das quais a manifestação de vontade, ou de conhecimento, ou de sentimento, é eficaz ainda que não haja recepção (manifestações não-receptícias). Mas também é irrecusável que se possa estabelecer tal dever de recepção sempre que, sem a recepção, estaria desamparado o direito do manifestante. Se A exige, contratualmente, de E, que apanhe todas as semanas na caixa postal, ou na casa de C, a correspondência, porque tem urgência na recepção das suas manifestações de vontade, nasce o dever de recepção. Mas tal dever pode resultar dos usos e da incidência de princípios de boa-fé. E

possível que exija mais: o aviso de ter recebido, ainda que não seja envolvido o dever de aceitação ou recusa simultânea ao aviso. Pode o destinatário assumir o dever de recepção, ou de recepção e de aviso, em negócio jurídico bilateral ou unilateral.

§ 225. Manifestações de vontade em acordo

1. *Elemento essencial do negócio jurídico.* Há atos jurídicos *stricto sensu* em que é elemento essencial a vontade, ainda quando secundário, e são quase todos. As exceções, como a do efeito da notificação da cessão, feita pelo incapaz, se a cessão foi validamente feita, quanto à ciência pelo devedor, se não lhe deixa dúvida, são raras. Quanto aos negócios jurídicos, em todos eles é essencial o elemento volitivo; daí ser sempre exigida capacidade e a ausência de vícios de vontade. Nos suportes fáticos, há, necessariamente e em primeira plana, o elemento volitivo, porém há, também, outros elementos. Mais uma razão para se não identificarem "manifestações de vontade", elemento fático, e "negócio jurídico", menos ainda "ato jurídico", que é fato jurídico, fato jurídico proveniente de todo o suporte fático que entrou no mundo jurídico. Também é inexato dizer-se que os efeitos jurídicos emanam da manifestação de vontade; os efeitos jurídicos somente podem emanar de fato jurídico, portanto de todo o suporte tático *depois* de entrar no mundo jurídico. O efeito é do ato jurídico, e não da manifestação de vontade. Para que a vontade possa ser encaixada no suporte fático do ato jurídico, é preciso que se manifeste. Na linguagem vulgar, fala-se de declaração de vontade, e juristas, juizes e leis de povos cultos, por herança má do direito comum, empregam "declaração de vontade" em vez de "manifestação de vontade", que abrange aquela e a manifestação não declarada. Todavia, devemos evitá-

lo. Se é certo que a vontade pode expressar-se em "declaração", isto é, em ato em que *claramente* se comunica a outrem o fato da vida interna, da psique, e há declarações de conhecimento e declarações de sentimento (por palavras, oralmente ou por escrito, por sinais de aprovação ou desaprovação de proposições claras, como o conservar-se sentado, ou o levantar-se, o levantar a mão, o retirar-se), há manifestações não declaradas e, até, não propositadamente feitas.

Na manifestação de vontade há o que prefigura o ato jurídico, especialmente o negócio jurídico (elemento que pode estar em sinais

comunicáveis e às vezes comunicados, como se A, antes de ofertar, mostra a E o rascunho da futura oferta) e o que faz o ato entrar, como ato de alguém, no mundo jurídico. Donde haver diferença entre vontade manifestada e vontade de manifestar. Quando se redige o instrumento particular, ou quando o redige o oficial público, ainda se está a manifestar vontade, porém de modo impessoal; somente com a assinatura e, não raro, com a expedição é que se liga à pessoa a vontade manifestada. Então, porque tal ligação se deu, fará a vontade de manifestar. Se escrevi e assinei o recibo, guardando-o na gaveta, e o empregado o tirou, levando-o ao meu devedor, posso pleitear a declaração da inexistência do ato-fato jurídico do pagamento e da minha vontade de declarar; mas, para isso, terei de alegar fatos e dar provas. Se A vai ao tabelião, onde se acha escritura já redigida, e a assina, manifesta vontade e vincula-se, porque, a despeito do risco que corre, expressou vontade de manifestar. Quem assina documento em branco, ainda que não tenha intenção de enchê-lo, expressa vontade de manifestar quanto a tudo que se ponha acima da sua assinatura.

A estruturação do negócio jurídico bilateral em oferta + aceitação é o resultado de longa evolução social e técnica. Não somente técnica. Para o direito romano antigo, a origem guerreira da propriedade e de outras instituições ressalta no formalismo e nos étimos. Praediurn e proedo têm a mesma fonte (Corssen, Aussprache, *Vocalisrnus, Betonung,* 1, 2ª ed., 105, 108 e 496). A lança, *hasta,* era o símbolo da propriedade.

Tomar dos inimigos era modo de adquirir (Gaio, IV, 16). Símbolo de poder jurídico era a mão, rnanus. O que se tomava com a mão era propriedade *(rnancipium)*. Só se via, na *mancipatio,* o lado do adquirente. Não havia a transferência, o dar; só se percebia o tomar ("mancipatio dicitur, quia manu res capitur", Gaio, 1, 121). Comprava-se tomando, — *emere,* comprar, não foi, a princípio, mais do que captar Na própria cessão, na cessio in iure, revelou-se a indiferença ã vontade do cedente com o formalismo da vindicação, a festuco e a uindicta. O cedente, ante a pressão, cedia.

No direito das obrigações, o que importava era a vontade do adquirente (C. A. Schmidt, *Der* prinzipielle Unterschied zw(schen *dem* rãmischen und *germanischen* Rechte, 255). O credor impunha a vontade Os étimos de polilceri e *spondere* são expressivos. Na stipulttio, vem primeiro a *interrogcitio,* que é *priuS*. Não se oferta, responde-se. Pergunta-se se se deixa prometer, se se deixa a mão,

órgão da atividade pessoal (Ph.

E. Huschke. Gajus, 73). Nos contratos literais, era o credor que lançava no livro doméstico o crédito. O que hoje exigimos é que o devedor escreva e assine, ou só assine. Aquele tempo, comparados à expensilalio, os *chirographci* e os *syngrapha* eram expedientes de peregriflos. Di-lo Gaio (II, 134).

Em Roma já surgiu a bilateralidade, mas sem alcançar a paridade de hoje entre figurantes. Dai o terem de ser entre presentes, com unidade de lugar, tempo e ato, os contratos. A concentração ressalta na manctpatiO, no *neXLIm,* na *in iure* cessio e no próprio testamento. O contrato literal entre ausentes apareceu tarde. O

Império Romano tinha correios, chamados *cursus* publicus, mas só serviam ao Estado. As pessoas privadas não podiam utilizar-se deles. Tinham de incumbir institores e escravos (cp. F. Liebe, *Die Stipulation,* 22).

Para se fazerem ver as duas *metades* do negócio jurídico bilateral longo tempo passou; e ainda hoje os juristas tentam não ver que no negócio jurídico bilateral há dois negócios jurídicos que se soldam *pelos efeitos.* Não tinha o direito romano termos técnicos para a oferta e a aceitação. Usavam-se expressões reveladoras de ter sido e ser *prius* o crédito, e não a divida *(Mc* dicere, sic *emtura rogare).* Foi em torno da L. 3, *pr,* D., de pollicitutioníbtts~ 50, 12, que a glosa urdiu a teoria e formou a terminologia (cf. 5-Schlossmanfl, *Der Vertrag,* 146 e 156). Falou-se de promissio *acceptato* e de *acceptatio* promissionis. Só no século XVII temos a expressão técnica offertn, vinda dos mercadores, primeiramente referindo-se à coisa, à mercadoria, ao pagamento (cf. Jasao de Mamo, Repertorium, 108, *verbo obici tio; E.* Brissonius, *Opus de* uerborum, *qucie ad lus civile pertinent, significcitione,* 938), e somente depois ao negócio jurídico, *contrabendi causa* (Rudlofi, *De Acceptotione et elus iure,* 3: “unius partis oblatio et alterius acceptatio haec duo uno consensus contrahentiuit nomine efferantur”). Assim, passou-se a ver na oferta a promessa de prestação com o fim de se concluir contrato; depois, manifestação de vontade de concluir o contrato; finalmente, negócio jurídico, primeiro no tempo e logicamente (cp. 1-1. Grócio, *De Iure billi cx* pacis, 11, cap. II, § 14; Rudiofi, De *Acceptiane et ejus iure,* 4: “praecedens rogatio durare inteegitur et post promissionem vim habet acceptionis”), tendente a, pela aceitação (negócio jurídico de outrem), compor o negócio jurídico bilateral. A oferta é apenas, na paridade com a aceitação, iniciativa. No mais, é Manifestação de vontade,

negocial, como a aceitação (R. Marsson, Die *Natur der Vertragsofferte,* 17-22). A oferta perfaz-se com a manifestação da vontade, e não com a chegada ao destinatário, ao ofertado, ao oblato; é preciso que se haja ofertado (o que escreveu a oferta e a pôs no cofre não ofertou, como a aceitação, que se escreveu e se guardou, ainda não é aceitação). Há efeitos que dependem da chegada ou da recepção pelo destinatário, mas já se está no plano da eficácia, e não no plano da existência dos atos jurídicos.

Para que se dê o *acordo,* têm de coincidir, em seu conteúdo, as manifestações de vontade que os figurantes fazem entre si. O acordo pode ser expresso no plural: A e B acordam. Freqúentemente , a conclusão do negócio jurídico bilateral opera-se em sucessão: um figurante, que tem a iniciativa, ou que a tomou, oferta a outrem a conclusão do negócio juridico bilateral. E o oferente. Aquele a quem se oferta é o destinatário; não se pode ainda chamar recebedor, ou receptor da oferta, porque a ele se pode referir o direito antes de lhe haver chegado a oferta. Somente depois de aceitar é que ele *figura.* Em principio, qualquer pessoa pode assumir a iniciativa da oferta, porém a vida social cria certas situações em que a pessoa não oferta e apenas recebe ofertas, e outras, em que a pessoa se pôs em atitude de permanente oferta. Basta pensarmos no escritório do corretor e no armazém que exibe as mercadorias, com os preços marcados. Quando a formulação do acordo é no plural, torna-se indistinto quem ofertou e quem aceitou, de jeito que todo o ocorrido antes é sem relevância para a interpretação do negócio jurídico, uma vez que os figurantes manifestaram, contemporaneamente, a vontade acorde. Se A oferece a B a casa por um milhão de cruzeiros e, após ter posto no correio a carta, recebe de B oferta da mesma casa pelo mesmo preço, é preciso que A aceite a oferta de B, ou B aceite a oferta de A, para que se perfaça o contrato. Todavia, cumpre advertir: a) se a oferta posterior é ambígua, de modo que A possa supor tratar-se da aceitação da sua oferta, o contrato está concluído, cabendo a B o ônus de alegar e provar que apenas ofertou e a sua oferta não foi aceita; *b)* se as duas ofertas são remetidas a terceiro, que as provocou, basta que o terceiro comunique ter-se dado o acordo, dentro do tempo suficiente para comunicação da coincidência de vontades aos dois oferentes; *c)* se A, que ofertou primeiro, recebe igual oferta de B nasce-lhe dever de comunicar a B que revogou a oferta, ou que não considerou concluido o contrato, por não ter vindo aceitação em termos; *d)* quando terceiro apresenta a duas ou mais pessoas projeto de contrato e todas enviam oferta, interpreta-se, na dúvida, que houve oferta e aceitação. Também a aceitação pode ser de lado a lado, devendo-se entender que a aceitação que primeiro determinou conclusão do contrato pré-exclui

novo contrato sobre o mesmo objeto; *e.g.,* A ofertou a casa, por um milhão de cruzeiros, a B e, depois de ter posto a carta no correio, ou de ter telegrafado, recebe a oferta de B por um milhão e duzentos mil cruzeiros; B aceita a oferta de A e A aceita oferta de B; o contrato está concluído pelo preço a que se refira a aceitação que primeiro chegou ao ofertante.

Se terceiro oferta contrato a duas ou mais pessoas, e todos aceitam a oferta, conclui-se o contrato (W.

Wedemeyer, *Der* Abschluss *eines obligatoríschen Vertrags,* 37). Não há aceitações simultâneas quando os figurantes estão presentes, porque o terceiro apenas é instrumento para o acordo de vontade, salvo se se explicita a sua função de intermediário das manifestações de vontade.

As manifestações de vontade, ocasionalmente acordantes, não constituem negócio jurídico bilateral, ou plurilateral. Se A fez oferta a B, e C respondeu aceitando, não se perfaz o negócio jurídico bilateral. Os dois efeitos não se tocaram; não podem colar duas manifestações de vontade que não se dirigiram entre si, ou só uma se dirigiu ao outro manifestante, como se A oferta a B e E responde a C, que não representa A (Litten, *Quo ternpore pacturn inter absentes propositum perfici videatur?,* 4: “Opus est, ut declarationes contrahentium inter se *nexae* sint et cohaereant”).

Quando se quer que a eficácia dob ato jurídico fique subordinada a algum fato, inclusive *ponto de tempo,* a que se chegue, tal determinação há de ser manifestada inexatamente, quer dizer intimamente em nexo, á manifestação de vontade que está no suporte fático do ato jurídico. Se tal não aconteceu, o que se quis como condição, ou como termo (Tomo V), embora possa ter sido motivo principal, ou único, da manifestação de vontade, não se fez relevante, e a eficácia do ato jurídico estabelece-se sem a determinação mexa. (A teoria da pressuposição, que E. Windscheid desenvolveu, pretendia que bastaria a reconhecibilidade pelo outro figurante; porém o Código Civil brasileiro, como o próprio Código Civil alemão, não a acolheu. No Código Civil brasileiro, para que o motivo se faça relevante é preciso que se manifeste, cf. art. 90. Deve-se a O.

Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung, *Archiu for die ciuilistische Praxis,* 74, 213-239, e Nochmals, 79, 49-107, a crítica definitiva; cf. também O. Gradenwitz, *Uber Begriff der Voraussetzung,* 16 e outros lugares).

Não influi na existência, na validade, ou na eficácia do ato jurídico, a circunstância de que o outro figurante ou o destinatário conheça o motivo que levou o manifestante da vontade a manifestá-la. Se A encomenda mesas de aço para a cozinha do seu apartamento, mas, no intervalo, vende o apartamento, o fato de saber a empresa que as mesas se destinavam ao apartamento *a,* para o qual já se encomendaram outras, de mármore, noutra casa, não cancela a encomenda.

Algumas vezes o sistema jurídico dá relevo a circunstâncias não-previstas, como a superveniência da insolvabilidade (art. 1.092, alinea 2ª), a resolução ou a denúncia por certos motivos graves *(e.g.,* art. 1.193, 1.226 e 1.229). Daí não se tire que se subentenda nos negócios jurídicos a cláusula *rebus sic stantibus,* que de modo nenhum o sistema jurídico acolhe, em sua generalização desabusada. Quem figura nos negócios jurídicos pesa *o* presente e o futuro; se a modificação das circunstâncias era imprevisível e não podia acautelar-se o devedor, só a equidade pode sugerir que algo se faça a favor do devedor. De jeito nenhum, supor-se, o que seria ficção impertinente, que se previu não ser levado em conta o imprevisível. Não se trata, portanto, de interpretar o negócio jurídico; trata-se de não se deixar que os fatos supervenientes causem agravação insuportável da dívida. Por exemplo: A obrigou-se a fornecer a B *,* anualmente, *x* toneladas de ferro, e o Estado lançou imposto a cargo do vendedor, que lhe tira todo o lucro. Nem A nem E pensaram no imposto, de modo que se tem de resolver por equidade. Note-se a diferença: não se mete no ato juridico cláusula tácita *rebus sic stantibus* que lá não estava; decide-se quanto ao que não foi previsto, nem resolvido pelos figurantes.

2. *Oferta e convite a ofertar.* A oferta é, de si só, manifestação de vontade. Porque a oferta pode não ser aceita e perder toda eficácia, tem-se dito que a oferta não é negócio jurídico e, até, que o ato não entra no mundo jurídico antes da aceitação. Primeiro, seria difícil considerar-se oferta ato jurídico *stricto sensu,* o que ela teria de ser, forçosamente, se negócio jurídico não fosse, e fosse vinculativa, como é. Segundo, a oferta entra no fundo jurídico, vincula o oferente, enquanto não é revogada, se pode ser revogada. De modo que temos de considerá-la negócio jurídico, que se destina à composição de negócio jurídico bilateral. Se considerássemos não entrado no mundo jurídico *o* ato de oferta, não poderíamos explicar a irradiação de efeitos jurídicos antes da aceitação.

Com a oferta não se confundem as *inuitationes ad offerendum,* que são

convites a que se ofereça, dirigidos a pessoa determinada, ou a pessoas indeterminadas (por anúncio, circulares, prospectos, ou editais). Nada se oferece, nem se aceita. Se alguém faz oferta e é aceita, o convite a oferecer tem certa relevância para a interpretação da oferta e da aceitação. Também não é oferta a comunicação quanto às bases sobre as quais alguém está disposto a oferecer, ou a concluir contrato. As vezes, fazem-se a pessoas determinadas; outras vezes, a pessoas indeterminadas. Prospectos e cartazes podem ter importância, como tais comunicações, para a interpretação dos negócios jurídicos que se concluíram.

A vinculação do oferente é de grande importância prática (arts. 1.080 e 1.081), porque a revogação da oferta somente é eficaz se chega antes ou simultaneamente à aceitação (art. 1.081, IV). Se bem que o efeito vinculativo seja mais perceptível nas ofertas a ausentes, devido ao tempo que corre entre oferta e aceitação, também pode ser invocado o art. 1.081, IV, em se tratando de oferta à pessoa presente, sem prazo: por exemplo, estando A a ofertar, por telefone, a B a compra da mercadoria da firma AC, A responde-lhe que não está ouvindo a resposta e vai E responder por outro telefone, transmitindo, então, a C, sócio de A, que atende, ou ao próprio A, a aceitação.

A eficácia vinculatória da oferta (art. 1.080) independe de ter o destinatário recebido ou conhecido a oferta.

Tal eficácia pode ser pré-excluída se o oferente diz “sem vinculação” (= “sem compromisso”, expressão imprópria mas usada), ou “sem obrigação”, “a título precário”, “sem ficar obrigado a esperar resposta”. Mas, aí, não há propriamente oferta, e sim convite a ofertar, *invitatio ad offerendum,* ou punctação, início de negociações. Sem direito formativo à aceitação, não há, no direito brasileiro, oferta. Se a revogação é possível, tem de chegar ao conhecimento do ofertado pelo menos no momento da aceitação. Se chega depois, é ineficaz. Tal direito formativo é intransferível, salvo se o oferente explicitou a transferibilidade, o que se constrói como oferta alternativa a A ou x. Não há incidência do art. 1.072. O direito formativo oriundo da oferta é inarrestável e não entra na massa concursal, salvo se é de entender-se que o oferente queria a aceitação pelo síndico. Herdeiros, sucessores da firma e representante legal podem aceitar, salvo se o contrato só se poderia concluir com o destinatário. Aqui, o que decide é a interpretação da vontade do oferente.

Porque a oferta vincula, a morte do oferente ou a incapacidade superveniente não lhe retira a eficácia. E o contrato conclui-se com o herdeiro, ou o representante legal, ainda que o oferente não saiba que o destinatário faleceu, ou caiu em incapacidade. Salvo se é de entender-se que o oferente só contrataria com o destinatário *(e.g.,* a retirada das pessoas que constituíam a firma elimina toda a confiança do oferente).

Os arts. 1.080 e 1.081 apanham quaisquer contratos, inclusive contratos de direito das coisas. Se a lei exige forma especial, tem de ser observada, porém daí não se tire que — no direito brasileiro — o acordo de transmissão tenha de ser entre presentes. A oferta de acordo de transmissão ou de constituição de direito real é vinculante; a aceitação, que é receptícia, ou não, conforme as espécies do art. 1.081, 1-111, tem de obedecer às exigências materiais e formais do acordo de transmissão ou de constituição. Não precisam, todavia, ser *uno actu.* A matrícula ou registro no registro de imóveis, ou a tradição, já são elementos do suporte fático da transmissão, que se rege por seus principios.

Se o oferente, no intervalo em que se pode dar a aceitação, conclui outro contrato sobre o mesmo objeto, com a aceitação tempestiva conclui-se o contrato e fica o oferente devedor em dois contratos, podendo dar-se, se se compõem os pressupostos, nulidade do posterior por impossibilidade da prestação (art. 145,11, V

parte). A oferta vinculatória não retira o poder de disposição (E. Zitelmann, *Die Rechtsgeschãfte,* 1, 125); de modo que o outorgado, que obtém a tradição do móvel, ou registro do imóvel, ou do direito real, o adquire.

O princípio da prioridade é que rege. Porém não quanto à aceitação em se tratando de efeitos que dependem de outros atos, pois o acordo de transmissão ou a cessão só tem o efeito real ou contra o devedor cedido com a tradição, o registro, ou a notificação (ari. 1.069; confusão em A. von Tuhr, *Der Aligemeine Te,* II, 467).

Se a oferta é para se interpretar que ficaria sem efeito com a morte, ou a incapacidade, a aceitação após isso é ineficaz, conheça-o, ou não, o aceitante. No direito brasileiro, pode haver, se a aceitação era receptícia e não foi recebida antes da morte, responsabilidade pelo interesse negativo (também no direito alemão, J. Ereit, *Due* Geschdftsfãhigkeit, 308; sem razão, A. von Tuhr, *Der Aligerneune Te,*

11, 471). Se a aceitação foi por entender o aceitante que teria efeito, há contrato, cabendo alegação de erro.

A falência do oferente não obsta à conclusão do contrato cuja oferta foi aceita. O que se passa, quanto à massa falencial, depende do direito falencial.

3. *Oferta ao público.* A oferta é manifestação receptícia de vontade. Dirige-se à pessoa com a qual se quer concluir o contrato, ou ao público, ou a algum círculo menor de pessoas (os membros de um clube, os habitantes do bairro, ou da rua, ou do Município. os estudantes de determinado colégio, ou faculdade, ou de determinada matéria). A oferta começa de produzir efeitos ao chegar ao destinatário. Antes de chegar ao destinatário pode ser revogada. Não é preciso que o oferente conheça o destinatário, nem que o destinatário conheça o oferente. Se o destinatário não é conhecido, basta que circunstâncias posteriores o determinem, inclusive pode acontecer que algum ato signifique, de si só, aceitação. A oferta ao público é permitida e não se confunde com as promessas unilaterais, que dão negócios jurídicos unilaterais, em vez de negócios jurídicos destinados à composição de negócios jurídicos bilaterais. Os automáticos dão exemplo de oferta ao público, constituindo aceitação a colocação da moeda, ou a prática de algum ato que faça mover o maquinismo. As casas comerciais que expõem objetos, permitindo que qualquer pessoa retire a coisa exposta, mediante certa quantia, ou, ainda, de graça, ofertam ao público. Dá-se o mesmo com quem promete objeto ao portador de exemplares de jornal, ou de revista, ou de simples recorte de periódicos, ou tampas de garrafas. Cumpre, porém, que se advirta em não serem manifestações de vontade ao público as simples comunicações sobre certas mercadorias, ainda que se precise o preço.

4. *Oferta entre presentes.* As ofertas entre presentes são aceitas imediatamente, ou não obrigam. No art.

1.081, 1, diz-se que deixa de ser obrigatória a oferta se, feita sem prazo a pessoa presente, não é imediatamente aceita. “Imediatamente” está ai por tempo razoável para se pronunciar o destinatário. Ainda que a oferta seja oral, há de haver tempo para que o destinatário pese os prós e os contras da conclusão do negócio. Se é feita por escrito, cumpre distinguir da oferta escrita e entregue em mão própria (portanto entre presentes), para que o destinatário resolva após a

leitura e tempo suficiente para pensar, sem se ausentar, a oferta por escrito, que se entrega ao destinatário, podendo esse ausentar-se com ela, a fim de que a examine e medite sobre o assunto. Na última espécie, a despeito da entrega ao próprio destinatário, considera-se entre ausentes a oferta, dando-se ensejo à incidência do art. 1.081, 11-1V, segundo o qual a oferta sem prazo a pessoa ausente somente deixa de ser eficaz quando decorre tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do oferente.

5. *Oferta entre ausentes.* Quanto à oferta entre ausentes, estatui o art. 1.081 que deixa de ser eficaz "se, feita sem prazo à pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente" (II); "se, feita à pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado" (III);

"se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente" (IV).

Na espécie do art. 1.081, II, por tempo suficiente entende-se o que é necessário à chegada da oferta no domicilio do destinatário, *mais* o tempo necessário para que, segundo os usos e de acordo com o conteúdo, importância e complexidade da oferta, o destinatário a leia e estude, atendidas as circunstâncias pessoais do destinatário, conhecidas pelo oferente, mais o tempo necessário à remessa e chegada da aceitação ao conhecimento do oferente. No tocante à transmissão da oferta e da aceitação, têm-se de levar em conta dificuldades ocasionais, conhecidas, de transporte, sendo possível que o oferente estabeleça, previamente, qual o meio de transmissão da aceitação, inclusive quanto à sua remessa a terceira pessoa. O tempo necessário marca a duração da eficácia da oferta, de modo unitário; assim, se o destinatário demorou em decidir, pode corrigir o atraso, empregando meio mais rápido de transmissão da aceitação, ou, se resolveu imediatamente, empregar meio menos rápido.

O oferente pode estabelecer prazo, para que seja expedida a aceitação, ou para que lhe chegue ao conhecimento. O art. 1.081, III, somente se deferiu a prazo dentro do qual seja expedida aceitação, porém havemos de entender o mesmo se o oferente estabeleceu prazo, dentro do qual teria de chegar ao seu conhecimento a resposta do destinatário. Na própria oferta, ou em declaração unilateral dirigida ao destinatário, pode o oferente estabelecer prazo; bem como, por declaração unilateral, encurtar ou ampliar o prazo marcado; e podem oferente e destinatário acordarem em que passe a ter prazo a oferta. Se a declaração unilateral reduz o prazo que a oferta fixara, para que

tenha eficácia é preciso que chegue ao destinatário antes da oferta, ou com ela, porque, se a oferta foi com prazo, o oferente não pode alterar a oferta, antes de se esgotar o prazo. A ampliação do prazo, se chega antes de vencido o prazo fixado, dilata-o; se chega depois de vencido o prazo entende-se haver nova oferta. Se a oferta é"até que seja revogada", é eficaz enquanto não chega ao conhecimento do destinatário a revogação conclui-se o contrato desde que o destinatário expeça a açeitação, uma vez que não lhe chegou o ato revocatório.

Se bem que no art. 1.081, IV, se fale de conhecimento, o art. 1.081, II, alude a "chegar", se sem prazo a oferta, e o art. 1.081, III, à" expedição" se com prazo. A referência ao conhecimento é somente para a revogação, que há de alcançar o destinatário antes ou no momento de lhe chegar a oferta: se as duas chegam ao mesmo tempo, ou antes da oferta chega a revogação" a oferta está revogada; porque há, para o destinatário igual dever de se inteirar do conteúdo. A expressão "chegada" tem sentido neutro (W. Cohn, Das Zugehefl *der* WílIenserkírun 30 I que permite atender-se às diferentes espécies; e a própria referência a conhecimento no art. 1.081, IV, compreende o conhecimento e o que resulta do dever de conhecer, ou do poder ter conhecido, porque o conhecer é, ai, apenas o fim lógico da revogação a chegada é que é o fator da eficácia do ato revocatório, para que essa eficácia não fique dependente do querer do destinatário, nem à mercê do oferente. **É** algo que já ocorre na esfera do destinatário. Ambos os figurantes têm interesse em que a eficácia da revogação tenha momento preciso.

Se o empregado do telégrafo, ou vizinho, a quem se entregou o telegrama erradamente, avisa o destinatário de que há telegrama para ele, por não ter sido encontrado, na repartição ou na casa, ou lugar mais cômodo para o destinatário, e esse não o busca, a entrega reputa-se feita (cf. XV. Cohn, *Das* Zugehefl *der ll* jjinserkIarun 78 e 43). Idem, se a carta vem em pacote de mercadorias, OU outro objeto, e há adjudicação

"contêm carta", ou "procure carta", ou, em telegrama ou carta, ou de viva voz, se avisa de que a carta está no pacote.

O art. 1.081, II, traduz o pensamento de ser necessário, quando o oferente não fixou prazo, que a lei o fixe, de modo que o art. 1.081, ii, opera como regra jurídica dispositivai e não a afastariam as expressões "sem prazo"~ "quando seja possível responder" e outras semelhantes

(cp. E. Kúhn, (ter Vertragsschluss unter Abwesenden, *Jahrbticher for die Dogmatik,* 16, 4): o prazo do art. 1.081, í, é mínimo (G. Maas, *Der Vertragsschluss auf elektrischem Wege,* 50).

6.

Troca de cartas. A froca de cartas exige a assinatura, porém não as duas testemunhas de que fala o art.

135. Aliás, se faltam as duas testemunhas do art. 135, em se tratando de outro instrumento particular, apenas se tem de dar prova da identidade das pessoas e da autenticidade da manifestação de vontade.

A alcunha pode bastar entre parentes, ou amigos, ou dentro de qualquer círculo, social em que seja de uso escreverem-se à pessoa ou receberem-se da pessoa escritos com a alcunha (A. Lobe, *Die Forrn der Rechtsgeschájfte,* 16; E. Bromberg, *Die Schriftforrn mi BGB,* 26).

7. Aceitação. Diz o art. 1.082: "Se a aceitação , por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos".

Havia prazo, ou não havia prazo. Se havia prazo, a aceitação, dentro dele, perfez o negócio jurídico bilateral (art. 1.081, 111). Se não no havia, pode dar-se que não haja chegado (art. 1.081, II). no tempo que fora de prever-se, a aceitação, embora expedida quando com tempo para chegar. E a chegada tardia da aceitação tempestiva. Nasce ao oferente o dever de comunicar. Na falta desse ato jurídico *stricto* sensu, responde por perdas e danos o oferente: o negócio jurídico bilateral não se perfez, devido à exigência da "chegada", segundo o art. 1.081, II. Naturalmente, o art. 1.082 não incide quando incide o art. 1.084. O art. 1.081,111, é diferente do § 148 do Código Civil alemão, que faz dependente da chegada a eficácia da aceitação; o art.

1.081, III, fala de expedição.

"A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta". (art. 1.083).

São pressupostos necessários: ser expedida (art. 1.081, 111) ou chegar (art. 1.081, II) fora de tempo, porque há implicitamente prazo legal no

art. 1.081, II; haver algo a mais, a menos; ou diferente, quanto ao conteúdo da oferta. Supõe-se a intempestividade , com a consequente ineficácia e, ipso *facto,* não constituição do negócio jurídico bilateral. Portanto, ainda em caso de não chegada (art. 1.081,11). Não se precisa falar de exceção na espécie do art. 1.082 *(obter,* no direito alemão, § 149), porque, no direito brasileiro, devido ao art. 1.081, 111, o negócio jurídico bilateral se perfaz (teoria da expedição, em vez da teoria da chegada, §§.

148 e 149).

Diz-se no art. 1.084: "Se o negócio for daqueles, em que se não costuma a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa". A tempo, segundo o art. 1.081, II, ou segundo o art. 1.081,111. Os ads. 1.079-1.088 serão tratados, especialmente, no Direito das Obrigações.

A lei não distingue as manifestações de vontade escritas e as manifestações de vontade não escritas, entre ausentes (R. Siecke, *Was bedeutet das Zugehen hei den empfangsbedorftigen Willenserklàrungen?,* 60 s). Os principios são os mesmos, salvo quanto ao telefone, se estão na linha o manifestante e o destinatário (art.

1.081, 1, 2ª alínea).

(a) A aceitação tem sempre, para a sua eficácia, como aceitação, tempo dentro do qual se dê: se bem que o art. 1.081,11, fale de oferta "sem prazo a pessoa ausente", nele mesmo se marcou o "tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento" do oferente, o que é estabelecimento de prazo legal (R. Kummer, *Die Annahme eines Vertragsantrages,* 20).

O negócio juridico bilateral exige, pelo menos, duas pessoas que fiquem uma frente à outra, bilateralizando o negócio jurídico. Os efeitos jurídicos operam-se, com sinal menos e com sinal mais, nas duas esferas jurídicas. Nada impede que uma das pessoas atue como figurante e como representante. Pode dar-se que as manifestações de vontade tenham de ser perante autoridade pública *(e.g.,* o juiz). Se há bilateralidade ou pluralidade de pessoas, mas tudo se passa na mesma esfera jurídica (e.g., constituição de bem de família), não há bilateralidade ou plurilateralidade do negócio jurídico. Donde a ambigüidade da expressão "contrato consigo mesmo": se A tem casa

que quer vender e B é representante de A, A não pode vender a A, assinando o seu representante, que é B; mas se A é representante de B e B quer comprar casa, nada impediria que A vendesse a B, assinando A também por B, se não houvesse o art. 1.133, II. Se se trata, por exemplo, de representação para alugar, não há proibição.

Não é só a coincidência quanto aos efeitos jurídicos das vontades que faz o negócio jurídico bilateral. **É**

preciso mais. E preciso que as pessoas tenham querido a coincidência quanto aos efeitos jurídicos. Se A quis vender e B quis comprar sem que A tivesse querido a venda a B e B a compra a A, não há negócio jurídico bilateraL Se A quis vender a B e B quis comprar a A sem terem querido que tal coincidência, quanto a efeitos jurídicos, produzisse o negócio jurídico bilateral, não há negócio jurídico bilateral. Daí haver no suporte fático do negócio jurídico bilateral a coincidência das vontades, quanto aos efeitos jurídicos, a direção ao outro manifestante e a vontade mesma do negócio jurídico bilateral. Se bem que a aceitação possa, excepcionalmente, não ser recepticia (art. 1.084), está em relação com a oferta, a que faticamente responde e entra no mundo jurídico, soldando as duas manifestações de vontade. Não só conhecia a oferta o aceitante como procedeu respondendo a ela. Se não há a vontade do negócio jurídico bilateral, não há aceitação; há outra manifestação de vontade, sem relação com a oferta. Se A, B e C, sem se conhecerem, outorgam a D poderes de representação para conclusão de negócio jurídico bilateral ou plurilateral em que A, B e C *podem* ser os figurantes, o negócio jurídico bilateral ou plurilateral se pode concluir entre eles, porque o poder de representação foi para se concluir o negócio jurídico bilateral ou plurilateral com qualquer pessoa.

O representante escolhe os próprios figurantes. As vezes, há bilateralidade ou plurali4ade de vontades sem se dar bilateralidade ou pluralidade do negócio. Por exemplo: o assentimento do filho maior, em caso de reconhecimento (art. 362), não integra negócio jurídico bilateral; a declaração de vontade do credor, para a extinção da hipoteca (art. 849, III), ainda que figure em contrato entre o devedor e o credor, não é negócio jurídico bilateral. O acordo de transmissão é necessariamente negócio jurídico bilateral.

(h) O argumento de que á aceitação, só por si, não é negócio jurídico põe à mostra o romanismo, a que aludimos, ao falarmos da oferta. E certo que com a aceitação como com a oferta o que se intenta é

constituir, com a coincidência dos efeitos queridos por outrem (acordo, contrato), negócio jurídico. Porem isso não exclui que já seja a oferta ou a aceitação negócio jurídico: o contrato exsurge pela eficácia dos dois, em contacto; com o acordo de vontades, surgiu o negócio jurídico bilateral. Pense-se no efeito da oferta antes da aceitação. O consenso, a concordância de vontade, já encontra efeitos, que soldam os dois negócios jurídicos componentes. Um, A, diz "vendo a B"; outro, B, diz "compro a A". O contrato entre eles é em virtude de oferta e aceitação, que podem ser eliminadas como dispostas uma após outra no tempo, porém não como duas manifestações de vontade. A vontade não é uma só, porque um vende e outro compra (sem razão, B

Regelsberger, *Pandekten,* 1, 544). A coincidência é nos resultados, nos efeitos; não nas vontades em si. Se A e B são donos da coisa e a querem vender, coincidem as duas vontades (porque A quer vender e B quer vender) até certo ponto (= porque A quer vender a sua parte e B a sua). Mas, se A quer vender a B e B quer comprar, o que coincide é o resultado, o efeito querido. A regra é que a oferta e a aceitação sejam contemporâneas e feitas no mesmo lugar, sendo indiscernível, por vezes, qual das duas manifestações de vontade é a oferta e qual a aceitação. Se foram separadas em lugar e tempo, ou só em lugar, ou em tempo, a regra é que haja a comunicação da oferta àquela pessoa de que se espera que aceite e a comunicação da aceitação ao oferente. Historicamente, só se conheciam os contratos em que os figurantes estavam presentes e se operava, no mesmo momento, o *consensus*. Para os próprios contratos aformais, o direito romano exigia a contemporaneidade e a mesmeidade de lugar (principio do mesmo lugar e tempo). Quando o tráfico levou a contratar-se *per nuntium* e *per epistolam,* ainda persistiu o princípio do mesmo tempo, sem que houvesse qualquer efeito da manifestação de vontade antes de estabelecer, com a outra manifestação de vontade, o consensus. Não se modificou isso no direito comum, razão por que teve relevo especial a discussão da indenização pelo interesse negativo. Não é preciso esforço para se ver quão inconveniente era a concepção romana. Se à hospedaria se encomendavam quartos e, atendendo à encomenda, o hospedeiro deixava de os locar a outrem, a falta de comunicação do hospedeiro ao encomendante, devido a dificuldade de transporte, impedia a constituição do contrato.

Na L. 61, § 1, D., *de obligationibus et actionibus,* 44, 7, Cévola pôs o caso da mulher que pede a amigo que, vendendo o que tem, venha trabalhar com o que hoje diríamos oferente, com promessa de quantia

certa anual. O ofertado vende os bens e vem trabalhar com a amiga. Então, atendendo-se a pessoas e às causas (ex *personis casuisque aestirnatu rum),* decidir-se-á se é devida a anualidade. Ora, se após a venda, o oferente revogasse a promessa, revogada estaria, — o que E. Regelsberger *(Die Voruerhandlungen bei Vertràyen,* 29) argUiu de gritante injustiça. Mas assim seria em direito romano, com o ríspido * *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere* lus non *habet* (L. 151, D., *de diversis regulis iuris antiqui,* 50, 17) e o superado

**NuIIus videtur dolo facere qui* suo *iure utitur* (L. 55). A evolução técnica operou-se no sentido da vinculação, ainda se sem prazo a oferta, e no sentido de se dispensar a comunicação da aceitação ao oferente, se há razão para tal dispensa. Na técnica legislativa, o problema consistiu em se fixarem as espécies em que há tal dispensa e em se exprimir, na lei, esse pensamento. De modo nenhum há dispensa de aceitação, erro em que incorrem alguns escritores e juizes, nem se finge ter havido aceitação, como queria L.Jacobi (Versprechen und Vertrag, *Jherings Jahrbúcher,* 35, 50). A aceitação, ainda quando não se possa saber qual das duas ou mais manifestações de vontade foi a primeira, é ineliminável. O ofertado, que consumiu a mercadoria remetida, aceitou. O que deixou de responder antes do prazo findar, porque se havia, pelas circunstâncias, de precisar da resposta negativa, aceitou. Não há contrato sem aceitação. O que se dispensa é a comunicação da aceitação, que pode ser escrita, ou tácita. Os dois elementos componentes têm de existir, como duas metades coordenadas (V.Hasenõhrl, *Das ôsterreichische Obligationenrecht,* 1, 580). O que se permite é que, nas espécies previstas no art. 1.084, seja não-receptícia a aceitação, nunca a falta de aceitação (T. Szamotulski, *Der Vertragsschluss ohne Annahmeerklârung gegeni2ber dem Antragenden,* 17 s.). Em vez de declaração ou de manifestação receptícia de aceitar, cabe, satisfeitos os pressupostos, a aceitação nãoreceptícia. Não é fora de possibilidade o ter de haver declaração, se bem que sem a exigência da recepticiedade. Por exemplo: se A diz que tem por aceitação de B o lançamento do crédito nos livros de B.

Se o oferente não marcou prazo para a aceitação recepticia, há o prazo legal (art. 1.081, II). Mas o prazo legal para recepção da resposta pode não ser de invocar-se se a aceitação não é receptícia.

(c) Tem-se de pensar, ao aplicar-se o art. 1.081, em que o direito romano foi superado. E do Preussisches Alígemeines Landrecht (1, 5, § 90) para cá que se tem de edificar a doutrina, quanto ao efeito vinculativo da oferta. O Código Comercial (1850), art. 127, alínea 1ª

disse: “Os contratos tratados por correspondência epistolar reputam-se concluídos e obrigatórios desde que o que recebe a proposição expede cada de resposta, aceitando o contrato proposto sem condição nem reserva; até esse ponto é livre retratar a proposta; salvo se o que a fez se houver comprometido a esperar resposta, e a não dispor do objeto do contrato senão depois de rejeitada a sua proposição, ou até que decorra o prazo determinado”. Note-se que o art. 127 permitiu a revogação, se não há prazo. Não se estabeleceu o prazo legal do art. 1.081, II, do Código Civil; mas a interpretação havia de assentar: a) que se conceberam oferta e aceitação como elementos necessários; *b)* que a aceitação, no direito comercial, deixou de ser receptícia; *c)* que a revogação da oferta é manifestação receptícia de vontade (se A ofertou, a 15 de março, e E aceitou, expedindo a resposta, a 23 de abril, não tem mais eficácia a revogação que seja comunicada a B no dia 24 de abril). O direito coniercial e o civil coincidem, exceto no que resulta da recepticiedade da aceitação, se a oferta não marcou prazo. Enquanto o Código Comercial permite a revogação até que se expeça a aceitação, naturalmente segundo os prazos dos usos, o Código Civil só tem por eficaz a aceitação recebida. No art. 127, alínea 1ª, não se falou de espécies

“em que se não costuma a aceitação expressa”, mas a regra jurídica do art. 131, mc. 4, impõe-se: “O uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras”. No art. 1.084 do Código Civil, prevê-se a dispensa da aceitação expressa; o art. 127, alínea 1ª, do

Código Comercial, diz o mesmo, com palavras que parecem aludir a cedas espécies, mas têm de ser interpretadas como abrangentes de toda pré-exclusão da recepticiedade: “salvo se o que a fez se houver comprometido a esperar a resposta, e a não dispor do objeto do contrato senão depois de rejeitada a sua proposição”. O final do art. 127, alínea 1ª, v *erbis* “até que decorra o prazo determinado”, tem conteúdo que corresponde ao do art. 1.081, 111, do Código Civil. Para que o art. 1.084 incida é preciso: a) que tenha havido oferta, séria e com intuito vinculativo; *b)* que tenha sido comunicada ao ofertado a oferta; *c)* que a ofeda seja inteligível e precisa, porque ninguém tem dever de responder ao que não entende; *d)* que a revogação não tenha chegado com tempo, isto é, antes da aceitação tácita, ou expressa não-receptícia, como o lançamento do crédito ou do débito nos livros do ofertado.

A aceitação não-receptícia pode ocorrer por ato de adimplemento ou de apropriação.

(d) Algumas vezes, a aceitação que amplia compreende aceitação e oferta. Então, o contrato ficou perfeito quanto ao que foi oferecido e outro negócio jurídico se pode concluir se o oferente aceita o que, como ampliação da resposta, lhe chegou como oferta. Por exemplo: A telegrafa "Ofereço-lhe pelo preço x tantas toneladas"; resposta de E: "Compro-lhe mais outras tantas". A pode recusar a venda das outras tantas. Pode dar-se que a resposta não seja aceitação, mas outra oferta: "Compro o dobro, porque as oferecidas não me bastam". Se o aceitante apenas responde "Segue cada", entende-se que é resposta com alterações, salvo se era de interpretar o aviso como de simples informe de ter aceito.

O art. 1.084 incide quando houve acordo Entre oferente e ofertado sobre não precisarem ser receptícias as aceitações, ou se o oferente mesmo, unilateralmente, se submeteu a que a aceitação pudesse ser eficaz sem lhe ser comunicada, como se apenas exige a expedição. O prazo legal do art. 1.081, 11, nada tem com as aceitações não-recepticias. Se o oferente exigiu execução imediata do contrato, a aceitação pode ser tácita e não precisa de comunicação, salvo exigência do oferente. Se a comunicação não é necessária, o negócio jurídico bilateral ou plurilateral conclui-se antes de poder o oferente conhecer a manifestação de vontade do ofertado. Mas a vontade do ofertado precisa manifestar-se: se E recebeu a mercadoria, que A lhe oferece, como objeto de venda e compra, sem precisar B de comunicar que aceita, e B a consome, crendo-a sua, não aceitou. Nem há aceitação se a consumiu terceiro, ainda empregado de B, sem poder de representação. Se B

aceitou, ou consumiu a mercadoria (aceitação tácita), crendo que o preço era ao câmbio oficial, há erro.

A duração da oferta para a qual não se exige comunicação da aceitação depende do que manifestou o oferente, ou das circunstâncias. Não se trata do prazo para a chegada, de que se fala no art. 1.081, III, mas sim de prazo para aceitar. De regra, tal prazo é o mais breve possível, tendo-se porém de consultar os usos do tráfico.

Tem-se dito que às vezes se *finge* a aceitação (A. von Tuhr, *Der*

Aligemeine Te, II, 480). Pensa-se na aceitação pelo silêncio. A aceitação de quem silencia não é ficta; é aceitação verdadeira, manifestação de vontade silente.

(e) As pessoas a que se fazem ofertas são livres quanto a aceitá-las ou recusá-las e apenas se podem expor a reparar danos que causem, ou interesse negativo. Todavia, pode dar-se que regra jurídica ou negócio jurídico crie *dever de contratar* Se o contrato *é* de venda e compra e não se transferira a propriedade da coisa vendida, o vendedor obrigou-se exatamente a essa transferência. Se não no cumpre, responde pela inexecução do contrato. Se o que se quer é contrato de eficácia pessoal, tem-se de concluir, antes, contrato que crie dever de contratar, pré-contrato, *pactum de contrahendo.* Por exemplo: pré-contrato para fazer contrato de venda e compra. Não é pré-contrato de transmitir propriedade, e sim de vender, ou de comprar, que o devedor pode cumprir entregando a coisa ou fazendo a escritura de acordo de transmissão, saltando o contrato consensual, que teria de concluir Se prometi alugar, cumpro-o dando em locação, ou assinando o contrato de locação. Se contrato real, como o mútuo, o pré-contrato é consensual, mas pode cumprir-se com a dação do mútuo.

O dever de contratar existe em virtude de lei sempre que a regra jurídica o estabelece para alguém, que se pôs na situação de oferente permanente, ou de aceitante permanente. Tal o que acontece com os correios e telégrafos, as estradas de ferro e os bondes. A relação jurídica, que surge, é contratual. Em todo o caso, os bebedouros públicos e os reservados públicos não dão azo a contratos: as pessoas e, até, animais beneficiam-se com o dever e a obrigação de direito público, que tem o Estado, a que correspondem direitos e pretensões das pessoas e dos donos dos animais. Se os animais não têm dono, a permissão é precária, salvo *modus* que se tenha imposto ao Estado.

8.Conclusão do *contrato.* Chama-se conclusão ou celebração do contrato o momento em que o efeito da aceitação, tocando o efeito da oferta, solda os dois ou mais negócios jurídicos. Pode ser que no suporte fático do contrato tenha de estar algum fato, inclusive ato jurídico de outrem (e.g., assentimento de descendente, art. 1.132); porém tem-se de indagar se a falta é causa de insuficiência (inexistência) ou de deficiência (invalidade) ou de ineficácia. O contrato pode estar concluido, e não produzir outros efeitos que o efeito mínimo, que já estudamos. De ordinário, os efeitos começam com a conclusão. As vezes, há a retroeficácia da ratificação, se houve

gestão de negócios alheios (art. 1.343).

Até chegar-se à conclusão, o contrato não é. A oferta vinculou o oferente, criando ao destinatário direito formativo gerador, que ele exerce aceitando. Por isso, o oferente não deve impedir, ou dificultar a aceitação expressa ou tácita, nem a sua expedição ou chegada, — corre-lhe o dever de facilitá-la. Se há violação de tal dever, acarreta com a dilatação do prazo o que dificultou ou impediu a aceitação, a expedição ou a chegada.

Se chega tardiamente a aceitação, tem o oferente o dever de aviso (art. 1.082). Outro efeito da oferta em si só é o dever para o oferente de evitar que se torne impossível a prestação, porque, se se conclui o contrato, desde a oferta tem o oferente de indenizar pela impossibilidade da prestação, se houve culpa sua (arts. 865, alínea 2t 867, 870, 879, 2ª parte, e 887). Para se fundamentar tal princípio, no direito brasileiro, não se precisa de invocar o art. 120. Os oferentes têm o dever de não frustrar nem diminuir o que vai ser do aceitante; e o aceitante o dever de não frustrar nem diminuir o que vai ser do oferente, desde o momento em que aceita. Se a prestação se impossibilitou antes da aceitação, o contrato é nulo (art. 145,11, 2ª parte).

Quanto à coisa expedida, ou entregue ao ofertado para exame, tem ele o dever de guarda e restituição, se o contrato não se conclui. Não se trata de relação jurídica contratual, nem semelhante à relação jurídica contratual, mas da relação jurídica de que provém o seu direito formativo à aceitação, — razão por que aquela opinião é de afastar-se, sem se cair na construção regressiva de simples efeito psicológico (!), como aconteceu a A. von Tuhr (Der *Aligemeine Te,* II, 488). Tanto assim que outros efeitos se irradiam que não se poderiam explicar sem se atender a que, hoje, a oferta, vinculativa como é, estabelece relação jurídica pré-

contratual, à diferença do que ocorria no direito romano e, mais precisamente, antes do Preussisches Alígemeines Landrecht, de que vêm os princípios da irrevogabilidade e da vinculação: *a)* o oferente tem dever de esclarecer a oferta que fez e de dar os informes que sejam de mister à resolução do ofertado; *b)* tem igual dever, quanto à aceitação a ser expedida ou já recebida, o destinatário; c) oferente e aceitante têm pretensão à reparação pela chamada *culpa in contra hendo,* que em verdade é a do interesse negativo, pelo que cause um ou outro, na não-conclusão do contrato. Não se trata de responsabilidade contratual. Nem é responsabilidade contratual a que

qualquer deles tem pelo dano que a coisa entregue para a conclusão do contrato, que se deu, ou que não se deu, cause ao que teria de aceitar, ou ao que ofertou e recebeu a coisa, para exame. Não se trata, tampouco, de reparação pelo ato ilícito absoluto (art. 159). A fonte do dever e da obrigação de reparar está na relação jurídica derivada da oferta, ou do próprio pré-exercício do direito formativo à aceitação. Se ainda não houve oferta, nem aceitação, mas apenas punctações, a reparação somente se pode basear na culpa, ou no dolo *(e.g.,* A manteve as conversações com C para evitar que C

contratasse com E). Se A obtém contrato com C, induzindo-o a cláusulas que, sem a insinceridade ou falta de correção de A, não teria concluído, responde A pelo interesse negativo (art. 93).

9. *Aceita*ção *tardia.* Diz o art. 1.082: "Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos". Para que incida o art. 1.082, é preciso que a aceitação seja receptícia. No direito brasileiro, a aceitação, nos casos do art. 1.081, 111, do Código Civil, ou do art. 127, 2ª parte, do Código Comercial, é eficaz com a expedição, de modo que o contrato se conclui. Para as espécies em que se exige a recepticiedade (art. 1.082, *verbis* "chegar tarde ao conhecimento do proponente") foi que se concebeu o art.

1.082. O contrato não se conclui, mas o oferente, que não comunicou ao aceitante o atraso, responde por perdas e danos. A falta desse ato jurídico *stricto sensu* importa em responsabilidade ainda sem culpa. Trata-se de efeito que o art. 1.082 atribuiu à oferta, a que se seguiu aceitação receptícia. O aceitante, *ex hypothesi,* ignora que tenha havido a circunstância imprevista, retardante; mas é indiferente, para a incidência do art.

1.082, que o saiba, pois, ainda sabendo que tal imprevisto aconteceu *(e.g.,* atraso do avião em que foi a carta com a aceitação), tem ele direito à comunicação, ou, na falta, a perdas e danos. Tal solução é a mais acertada porque se pode dar que a aceitação, a despeito da circunstância imprevista e conhecida do aceitante, haja chegado a tempo *(e.g.,* a carta seguiu por outro avião que não aquele em que deveria, a juízo do aceitante, ter partido). O oferente tem de comunicar, imediatamente, ao aceitante, e não só expedir a comunicação.

Também aqui o direito brasileiro se afastou do § 149 do Código Civil alemão e de algumas interpretações que lhe deram.

Se a aceitação recepticia chegou a tempo, ainda que outra tenha sido a interpretação dos termos da oferta pelo oferente, ou se não era recepticia, de acordo com usos a que se referem o art. 1.084 do Código Civil ou o art. 127, 2ª parte, do Código Comercial, ou era de incidir o art. 1.081, III, qualquer comunicação do oferente que altere os fatos, ou seja impertinente: o contrato concluiu-se. A responsabilidade pelos danos já é após o contrato.

O art. 1.082 somente cogitou do oferente e do seu dever de comunicação. Pode dar-se que o aceitante, crendo. erradamente, que o contrato não se concluiu, pratique atos, positivos ou negativos, que causem danos ao oferente. Então, responde por esses danos (Th. Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht, *Festgabe* fúr Richard Koch, 116). Se o aceitante, crendo que se concluiu o contrato, pratica atos, positivos ou negativos, que causem danos ao oferente, e esse não recebera a aceitação tardia, responde por esses danos; porque o risco foi seu e o dever de comunicação, por parte do oferente, somente teria nascido se tivesse ele recebido, tardiamente, a aceitação. Dá-se o mesmo quanto ao aceitante que tem por não-recepticia a aceitação que o era e, a despeito disso, procedeu como se o contrato se tivesse concluído.

10. *Vendas ao público* e outros contratos com pessoa *a melhor oferta.* O leilão e a licitação oferecem a particularidade de se dirigir o que quer dispor, através do leiloeiro, ou do porteiro do auditório, a duas ou mais pessoas, convidando-os a ofertar. Há, tecnicamente, a *invitatio ad offerendum,* mais o lançamento do brado típico, que vincula: "Quem dá mais?" A negociação é com todos (ao ar aberto), em vez de fechada, como se A convida E a ofertar. O negócio jurídico conclui-se com o bater do martelo, ou a aceitação verbal ou escrita da oferta maior. Enquanto se não aceita alguma oferta, prossegue a verificação; ou, se foram todas apontadas por escrito, dentro de prazo, verifica-se qual a melhor oferta, examinando-se todas após o encerramento (técnica das concorrências). A cada maior oferta, extingue-se a menor. Se a maior oferta é nula, ou ineficaz, mas o leiloeiro, ou o recebedor de ofertas a repele imediatamente (= antes de a dar por aceita), é eficaz a imediatamente menor, se não se desinteressou de mantêla esse oferente. Não se pode admitir o principio de que à oferta maior, ainda

que nula ou ineficaz, se tenha de atribuir extinção da imediatamente menor (P. Oertmann, *Aligemeiner Te,* 475; H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* II, 214); nem o de não se extinguir a oferta imediatamente menor, por ser nula ou ineficaz a maior (6. Planck, *Kommentar,* 1, 1ª ed., 404; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 403 s.). A oferta imediatamente menor extingue-se quando se aceita a maior, e não enquanto se processa maior oferta, ou quando, entre ela e a que se processa, outra, maior, se intercalou. A superação ou deriva da passagem a outro degrau, tentando-se alcançar terceiro, ou quando se pára no outro degrau. O que ofertou está vinculado, como qualquer oferente, até que se conclua com ele, ou com outrem, ou se passe a examinar terceira oferta. Na duas primeiras espécies, há superação exterior da oferta; na terceira, superação interior. Convém ainda observar-se que a aceitação pelo leiloeiro (entrega do ramo, bater do martelo adjudicação) é manifestação não-receptícia de vontade. Em consequência disso, se o que ofertou se ausenta, o contrato se conclui. Bem assim, se morre, ou cai em incapacidade.

Quanto à arrematação de bens em execução forçada, não se trata de contrato. Quem está com o poder de dispor é o Estado. A carta de adjudicação é a sentença. A oferta dos licitantes não é oferta de *contrato;* é oferta *de aquisição ao Estado;* nem a adjudicação é aceitação de contrato, é decisão judicial, como outra qualquer. Tal como acontece com a decisão na concordata, preventiva ou suspensiva. O que acima se disse sobre as vendas públicas e outros contratos com pessoa a melhor oferta é *dispositivo,* como regra jurídica comum a todo o direito público e privado.

11. *Telegrafia* e *telefonia.* Foi a doutrina que teve de resolver, por si, os problemas das manifestações de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, feitas pelo telégrafo. No começo do século, poucos Estados tinham regras jurídicas escritas. O art. 12, alínea 2ª do Código suicà das Obrigações (1881) foi novidade, seguido do antigo Código Comercial italianO, arts. 45 e 47. sem se falai das esparsas legislações estaduais dos Estados Unidos da América (cf. F. Meili, Das TeiephOnrecht 270; G. Maas, *Der ~ auf* elektriSchem Wege, 1811.

A opinião de se ter de tratar a oferta pelo telefone, como entre presentes foi sustentada por C. Gabba, em 1882, Giornale deite *Legge* (nº 40), que não conseguimos ler; e dava ele a solução que temos no art. 1.081, 1, alínea 2% a oferta é a pessoa presente. Discordou, sem

razãO, E. Vidari (nº 42). Polemizaram os dois (MonitOre dei Tribunal!, 1882, 43; e Giornole deite Legge, nº 46"). BolaffiO (L"art. 36 deI nuo"O Codice di commercio ed i contratti per telefono, Archivio juridicco, 29. 520) manteve que seria entre ausentes, mas reconheceu que a revogação não se poderia dar. Outros ativeram-se à consideração de que há presença e não há, há ausência e há presença o que criaria situação especial; razão por que G. Vidal (Le Téléphone *au* point de wue juridique, 94) teve a questão como de fato, deixando a decisão ao juiz. Já em 1883, III. v.

Stubenrauch interpretava o direito austríaco no sentido de serem entre presentes os negócios jurídicos por telefone. Também 1 1{ohler (Uber den Vertrag unter Abwesenden, Archiv *fúr* Bíirgeriiches *Recht,* 1, 301).

Em 1873, 1-1. Schott (Der obiiqatorische *Vertrag* unta AbweSenden68) e, em 1879, IR. MarssOfl (Die

Natur *der* yragsofferte), só aludiam a presença material dos figurantes.

A manifestação por telefone tem toda a parecença com a manifestação de pessoa a pessoa no mesmo ou em próximo lugar. o telégrafo, não. A conclusão do contrato por telefone de prova difícil, se não se capta a resposta fonograficamente a conclusão do contrato por telégrafo é de mais fácil prova. O despacho escrit o, que se entrega ao telegrafista ou ao empregado que recebe os despachos é, para o telegrafista como, para o tipógrafo~ o manuscrito; o empregado só recebedor, se o há, é somente como o portador do manuscrito.

Porém o telégrafo recebe a manifestação de vontade de que seja transmitido ao destinatário do telegrama o conteúdo dele. o despacho telegráfico é documento privados ainda que se trate de telégrafo estatal. Prova ele o contrato entre o remetente e o telégrafos desde que se dá o recibo do despacho ao que o entregou (cf. G.

Maas. *Der* Vertragsschluss *auf elektrischem Wege,* 24; e H. Schott, *Der obligatorische Vertrag* unter *Abwesenden.* 606, que chamou atenção para não conter o texto do despacho por si a manifestação de vontade de ser expedido). O despacho telegráfico é carta original do remetente (Fuchs, Einige Fragen aus dem Telegraphenrecht, *Archiu fúir die ciuilistische Praxis,* 43, 95); e não como a carta que outrem escreveu (M.

v. Stubenrauch, Der elektrische Telegraph in privatrechtlicher Beziehung, *Aligemeine õsterrei-chische Gerichtszeitung,* 12, nº 18 e 19); nem cópia do original (J. Ludewig, *Die Telegraphie in staots-und*

privatrechtlicher Beziehung, 159); nem cópia do que foi transmitido pelo aparelho, em sinais traduziveis (A.

L. Reyscher, Das Telegraphenrecht, *Zeitschrift ftir deutschen Recht,* 19, 291; E. Hepp, *De la Correspondance priuée postale et télégraphique,* 62); nem apenas a informação escrita da estação recebedora dd que lhe foi transmitido (F. B. Busch, Noch em Beitrag zum Telegraphenrecht, *Archiu for die ciuilistische Praxis,* 45, 278 **5.;** E Sarafini, *II Telegrafo in relazione alIa giurisprudenza civile e com mercia (e,* 90 e 102); nem exposição escrita do serviço, aliás da obra *(opus),* que o telégrafo executou, em virtude do contrato entre o remetente e o telégrafo (E Meili, Das Telegraphenrecht, 2ª ed., 64). Há o telegrama a ser entregue, que é a transmissão da manifestação de quem telegrafou, por outrem. Há os sinais transmitidos, de que se tirou o conteúdo do telegrama. Há o ato do transmitente do telegrama (telegrafista de expedição). Há o original do telegrama (despacho).

Os atos de transmissão, recepção e escrita são atos do telégrafo como intermediário. O que o destinatário recebe é prova de que houve a manifestação de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, por parte do remetente. Se há prova contrária a esse conteúdo, houve falsidade, falsificação ou erro na transmissão, ou na estação receptora. O recibo pelo destinatário prova que o telégrafo executou o opus. E impossível eliminar-se a dualidade (escrito do remetente, escrito da estação receptora e entregadora, ou só entregadora). O

primeiro escrito é documento particular do remetente, com a eficácia probatória dos instrumentos particulares assinados; o segundo, não: é escrito particular da repartição de telégrafos, se bem que tenha eficácia de instrumento particular de comunicação; a assinatura do remetente, que aí aparece, é apenas cópia.

Se o remetente nega a assinatura, ou a exatidão do texto, pode dar-se a prova, com a exibição do original pela repartição (G. Maas, *Der Vertragsschluss auf elektrischern Wege,* 27), ou pela cópia em arquivo, ou por testemunhas. Se não há questão de identidade, o telegrama faz prova, inclusive se o remetente escreveu sem assinar, ou se, sem escrever e sem assinar, o remeTe. Não há fé pública dos telégrafos; nem o telegrama é equiparado a ato administrativo do funcionário público (cf. E Meili, *Das Telegraphenrecht,* 63). Surge questão séria, no direito brasileiro, devido ao art. 37, § 6ª, da Constituição de 1988, mas o ato do telegrafista-funcionário, ou do copiador-funcionário, ou do entregador-funcionário é ato de funcionário público, sem ser administrativo: é ato do funcionário público em adimplemento de dever e obrigação do Estado por ter contratado com o remetente. O

art. 37, § 6ª da Constituição de 1988 incide. O Estado fé-lo funcionário público, após discussões doutrinárias e políticas (cp. Hoffmann, *Die Entwicklung des deu tschen Reichs-Post-und Telegraphenwesen,* 74-78); acarreta com as Conseqüências da sua concepção, sem que a lei ordinária possa limitar a incidência do art. 37, § 6ª, que operou alargamento conceptual em relação ao direito anterior: não só funcionário público, mas agente de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público.

O microfone pode também ser instrumento de manifestação de vontade, de conhecimento, ou de sentimento.

Distingue-se do telefone em que emite sem receber (Grawinkel, *Lehrbuch der Telephonie und Mikrophon* te, 10); porque emite, as manifestações por meio de microfone podem ser manifestações receptícias ou não; se são recepticias, a recepção é assegurada pelo alcance da voz; se destinadas à formação de negócios juridicos bilaterais, ou plurilaterais, tanto pode aceitar as ofertas quem responde de viva voz como quem responde em forma telegráfica, telefônica ou microfônica. A manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento por microfone trata-se como manifestação entre ausentes e não entre presentes. O art. 1.081, 1, alinea 2ª, não incide. Não bá linha em cujas extremidades estejam os dois ou mais figurantes. A missiva microfônica é como cada ao público, ou a determinada pessoa. Ofertas ao público e promessas ao público podem ser feitas por microfone; porém o microfone pode ser dirigido apenas a certo escritório, ou pessoa. Os aparelhos microfônicos, combinados, de emissão e de recepção, tratam-se como telefones, pois são telefones sem a exigência da proximidade da boca ou do ouvido ao aparelho. Bem assim o aparelho telegráfico, combinado, em que nas extremidades estejam os dois figurantes e leiam os sinais. Ainda se há conexão com outro aparelho, que traduza em cores, ou outras indicações.

Se o ato jurídico (não só o negócio jurídico) exige a forma escrita, ou se sustenta *a)* que não se pode praticar por telegrama (e tal foi a opinião de J. C. Bluntschli, em parecer de 1860), ou 1,) que é possível concluir-se o próprio negócio jurídico bilateral ou plurilateral (Tribunal Superior Prussiano, a 2 de maio de 1861). Foi C. J.

A. Mittermaier (Das Telegraphenrecht, *Archiu for die ciuilistische Praxis,* 46, 47) quem mais energicamente se insurgiu contra o julgado

prussiano, se bem que lhe elogiasse os fundamentos (47, 221). As discussões que se seguiram na Alemanha e alhures pouco adiantam: ou não atendiam a que as repartições eram obrigadas a guardar, pelo menos por cedo tempo, os originais, ou não viam qualquer inconveniente na assimilação do telegrama à cada. O Código suíço das Obrigações (1881), art. 12, II, e o Código Comercial italiano, art. 45, tomaram a atitude de considerar o telegrama escrito privado. Aliás, não se poderia ficar com a indecisão disfarçada de F. Serafini *(II Telegrafo in relazione alia giurisprudenza chile e cornmerciale,* 44:

"sotto cede cautele") e de E. Hepp *(De la Correspondance privée postale et telegraphique,* 12), mais perigosa do que as duas opiniões extremas. O despacho telegráfico é como carta, que, ao invés de se entregar ao correio, se entrega ao telégrafo. Não há para a correspondência telegráfica obstáculo a que se tenha por idônea como não no há para a correspondência epistolar. Havê-lo-ia se houvesse a exigência — primitiva, inadmissível desde tantos séculos — da unhas *do contrato.* Oferta telegráfica e aceitação telegráfica são manifestações assinadas de vontade (cf. E. Meili, *Das Telegraphenrecht,* 2ª ed., 73 s.). O argumento de que o oferente só tem consigo a aceitação e o aceitante só a oferta, se fosse contra a admissibilidade do telegrama como forma escrita, também afastaria a contratação por meio de cartas. Cumpre também observar que fora absurda a construção de alguns escritores, inclusive E Meili (75), que viram no contrato por telegrama contrato entre ausentes e repartição telegráfica. A repartição não tem, sequer, a função do tabelião, ainda que só se lhe dê dever de guardar, até certo tempo, os originais dos despachos. Não há, a favor dela, presunção furis *tantum* de que tenha sido fiel no transmitir; a presunção é *hominis* (C. J. A. Mittermaier, Das Telegraphenrecht, *Archiu for die ciuilístische Praxis,* 46, 47). A tese de Wengler (Uber die Beweislast des Telegramms, *Zeitschrift for Rechtspflege und Verwaltung,* 21, 193) era errada e não poderia, de *lege lata,* ser recebida pelo direito brasileiro. O destinatário da oferta pode exigir que lhe dê o oferente prova da autenticidade; e o oferente mesmo pode exigir da repartição que transmita comunicação da prova da identidade do oferente e da autenticidade e exatidão da oferta, bem assim o aceitante.

§ 226. Conclusão do contrato sem recepticiedade da aceitação

1. Conceitos. Chama-se *conclusão do contrato* o momento em que o contrato entra no mundo jurídico: os dois negócios jurídicos, que se

perfizeram com as duas manifestações de vontade, integraram o negócio jurídico bilateral, porque a isso se destinavam. O Código Civil pôs as regras juridícas a respeito, no Direito das Obrigações (arts. 1.079-1.091); mas o lugar próprio é a Parte Geral. O destinatário da manifestação de vontade, dita oferta, recebe-a, porque toda manifestação de vontade, com que se perfaz o contrato, é, de regra, receptícia, mas, além de a receber, aceita-a. Daí a importância do conceito de aceitação. Mas pode ser dispensada a recepção pelo oferente, ou o é, se esse é o uso. A dispensa pelo oferente pode resultar de manifestação, escrita, oral, ou por fato, de vontade, como se o vendedor, que oferece, remete desde logo a coisa. O momento em que se conclui o contrato é, então, aquele em que se dá expressão, em atos, àvontade de aceitar (Georg Schwarz, *Der Vertragsschluss,* 34 s.). A eficácia é a mesma que teria a aceitação se receptícia tivesse de ser. As manifestações de aceitação, não-receptícias, podem ser nulas, ou anuláveis, nas mesmas espécies em que o seriam as aceitações recepticias, inclusive se foram pelo consumo da coisa (W.

Wedemeyer,

Der

Abschluss

eines

obligatorischen

Vertrages

durch

Eri

O

!Iungs-und

Annahnºeuerhandlungen, 122; G. Planck, *Kornmentar,* 1, 397; O. Warneyer, *Rommentar,* 1, 275; sem razao: R Oertmann, *Allgemeiner Te,* 466; A. Jacobsohn, Die Anfechtung stillschweigender WillenserkI~rungen, Jherings *JahrbOcher,* 56, 403). A manifestação, em tais espécies, não épresumida; é ato que se tem provar, ainda que pelo silêncio. Se as mercadorias foram remetidas e o destinatário crê que são outras, que lhe pertencem, ou a outra pessoa que não o oferente, não se dá conclusão do contrato, — a ação, que tem de

propor, é a declaratória, e não a de anulação. Todavia, se só houve erro quanto à pessoa, ou à qualidade essencial da pessoa ou da coisa, é de anulação que se há de cogitar. Se o destinatário recebeu a mercadoria e abre o caixão, ou raspa o invólucro, ou rompe o selo, ou desprega os arames ou cintas envolventes, ou se consome ou usa, apropriativamente, a coisa, aceitou, e é irrevogável a aceitação. Se, depois, manda, de volta, a mercadoria aberta, ou desencaixotada, ou descíntada, tardiamente o faz, salvo se é do uso verificar-se a mercadoria, antes; se o não é, somente pode alegar vicio de vontade, ou inadimplemento de contrato (adimplemento incompleto, violação positiva). Fora daí, há, com a devolução do objeto intacto, suposição de haver recusado, portanto suporte fático insuficiente (por não haver manifestação da vontade de aceitar). O

que escreve, ou telegrafa ao comerciante, ou lhe envia núncio, ou mensageiro, que lhe remeta certa mercadoria, dispensou a receptíciedade da aceitação, e a remessa ou entrega ao núncio, ou mensageiro, é aceitação (sem razão, 3. Himn-,clschein, *Beitrãge,* 102). Se a coisa foi enviada para reparação, começar a repará-la, ou entregá-la para isso aos empregados, ou a outrem. é aceitação. O preparar para determinado hóspede, ou família, o quarto, ou apartamento, é aceitação (W. Wedemeyer, *Der Abschluss* cines *obligotorischen* Vertrags, 86 s.), ainda que o hóspede não no saiba; *a fortiori,* se recusou outros hóspedes (L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 408). São atos de adimplemento.

2. *Recepticiedade dispensada.* A dispensa da recepção torna a aceitação, para a eficácia, não-recepticia; no mais, tem de ser tratada como se tivesse havido a recepção da aceitação. Por isso mesmo, se, *antes* do ato do destinatário, que se há de interpretar como aceitação, chega alguma comunicação sobre erro na oferta, como se havia de ser a A, e não a A‟, ou é verdade o que diz o oferente, e houve erro, portanto há anulabilidade, ou não é verdade, e A pode defender-se contra a alegação da anulabilidade. Assim, a aceitação, a que se dispensou recepção, é manifestação receptícia de vontade a que se cortou a recepticiedade: o mutilado da mão não é o mesmo que o nascido sem mão.

Capítulo IX

§ 227. Conceito de ato jurídico stricto sensu

1. *Ato humano* e *ato* jurídico. Ato ou fato humano é o fato dependente da vontade do homem. dá aí o direito excluiu todos os atos que os animais ou vegetais praticam. Tal eliminação peneira os atos, de modo que muitos seres que *agem,* para satisfação de seus prazeres (no sentido mais largo), foram abstraídos, radicalmente. Tivemos ensejo de ver que, ainda a respeito de atos do homem, pôde o direito abstrair da vontade humana, para os considerar, como aos atos que os animais ou vegetais praticam, atos-fatos, fatos puros, de que apenas provêm fatos jurídicos *stricto sensu* ou atos-fatos jurídicos.

Os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios juridicos são o campo psíquico dos fatos juridicos. São os meios mais eficientes da atividade inter-humana, na dimensão do direito. Neles e por eles, a vontade, a inteligência e o sentimento inserem-se no mundo jurídico, edificando-o. Para trás ficaram os atos ilícitos (atos jurídicos ilícitos), os atos-fatos jurídicos e os fatos jurídicos *stricto sensu,* como o nascimento, a morte, a aparição da ilha, a inundação, a frutificação e o incêndio ocasional.

O

Código Civil, no art. 81, contém definição de ato jurídico:

“Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico. Aí, ato jurídico é o ato juridico licito. Reminiscências alógicas e não atentas ao que em verdade se passa quando o fato, físico ou humano, entra no mundo juridico, mantiveram a denominação

“ato jurídico” somente para o ato jurídico licito. O ato ilicito também entra no mundo jurídico. Também é fato jurídico, como o nascimento, a morte, a avulsão, a comunicação de conhecimento e o contrato. Se ato jurídico somente fosse o ato licito, o ato conforme a direito, não se poderia falar de ato jurídico nulo, nem se teria como ato jurídico o ato infrator de obrigação. Se o ato ilícito é ato jurídico, exatamente por isso se distingue do nascimento, da morte, ou da avulsão, por ser ato,

e não fato.

2. Distinção *entre atos jurídicos* stricto sensu *e* negócios *jurídicos.* A distinção entre negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu* é assente na boa doutrina. Mas, quando se procura mostrar em que consiste a diferença, o mesmo engano e hábito, que levaram a definir-se o negócio jurídico pela escolha de efeitos, conduz a caracterizá-la por serem, nos negócios jurídicos, resultantes da vontade os efeitos e, nos atos jurídicos *stricto sensu,* da lei. No ato jurídico *stricto sensu,* a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a conseqúente, em vez de relação de escolha a escolhido. Toda caracterização do negócio jurídico como regulador de relações jurídicas, normativo, preceptivo, ou algo semelhante, deriva de engano, que é o de se crer na edicção de normas jurídicas pelas pessoas. Tal não se dá; e o próprio conteúdo-lei dos tratados internacionais, quando o há, e o próprio chamado contrato normativo, não seriam prova de que os negócios jurídicos pudessem estabelecer qualquer regra jurídica.

3. *Conteúdo e efeitos; direção da vontade.* Muitas dificuldades resultam de se haver pensado, quando se trata de negócio jurídico, em direção da vontade aos efeitos *jurídicos,* de modo que se partia, a *priori,* de que, quando se compra, se quer que o vendedor preste a coisa, omitindo-se, no tempo, o conteúdo do contrato, que é a *promessa* e eliminando-se quase a diferença entre o negócio jurídico de venda e compra e o negócio jurídico de transmissão. Porém não é menos nociva a teoria que o conceitua como endereçado a efeitos práticos. Esquece-se, com isso, de que foi a categoria jurídica que se quis, ou que, se se escolheu, foi porque se deve entender ter sido o que se quis. Os efeitos jurídicos — inclusive os efeitos práticos — vêm daí; ou não se produzem. Se alguns resultaram de manifestações de vontade intra-autonômicas (= dentro da autonomia da vontade ou auto-regulação), nem por isso é menos o que as regras jurídicas cogentes concernentes á categoria não deixaram ao agente.

Há ponto que merece toda atenção: quando se declara a vontade, o conhecimento, ou o sentimento, tem-se de esperar que a pessoa, a quem se dirige ou que há de conhecer o que foi declarado, confie no que é o significado exterior, objetivo, da declaração de vontade, de conhecimento ou de sentimento. Quem mal declara, pois que fez claro o que queria, ou o que conhecia, ou o que sentia, acarreta com o bem

e o mal da declaração. Se errou, ou há outra razão de discordância entre *o* declarado e o querido, ou o enunciado como conhecimento, ou o que sentia, somente por meio de anulação pode o declarante pleitear que se decrete a invalidade do ato jurídico. Quanto às manifestações de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, não declaradas, falta-lhes essa aclaração, essa luz que fixa o significado das manifestações da vontade declaradas; por isso mesmo, o que se manifestou é o que foi querido, o que o manifestante conhecia, ou sentia. Isso não quer dizer que, sabido o que foi que se manifestou, possa o agente impor como elemento volitivo o que não foi manifestado. Apenas é mais fácil provar-se o erro, ou o dolo, a violência; não se elimina a necessidade da ação de anulação se não se mostra que não houve a vontade, embora manifestada com erro, dolo, ou violência. No direito brasileiro, não há essa diferença entre o declarado e o manifestado, que se procurou insinuar noutros sistemas jurídicos (e.g., A. von Tuhr, *Der Allgemeine Te,* II, 407 s.). A anulação somente não é de mister quando se ataca a própria pretendida manifestação; porém isso se passaria se estivesse em causa, em vez de manifestação de vontade, declaração. É preciso que se não confundam os domínios da interpretação e os domínios da validade. Se houve, ou se não houve manifestação de vontade, declarada ou não, é questão de interpretação; se, apesar de haver manifestação de vontade, declarada ou não, é inválida, ou válida, é questão posterior à afirmação de existência.

As manifestações de vontade, declaradas ou não, podem ser *diretamente conhecidas* ou *indiretamente conhecidas.* Se A escreve a B, ou diz, frente a frente, a B que quer comprar a casa *b* de B, tal manifestação de vontade é direta. Ainda é direta se A o diz por telefone a B. Se C se interpõe na linha e imita a voz de B

para aceitar, ou se C altera o preço oferecido, abrindo a carta e transformando *três* em *treze,* ou *mil* em *sete* mil, o que resultou não foi manifestação de vontade de B, ou de A. Trata-se de falsidade, ou, precisamente, no segundo caso, de falsificação, e a proposição negativa é, no próprio plano da existência dos atos jurídicos, pela afirmação da falta de suporte fático suficiente. Não se precisa de ação de nulidade, nem de anulação.

Nas manifestações de vontade indiretas, há fato de que se deduz a manifestação de vontade de alguém. Por exemplo: manifestações de vontade por núncio ou mensageiro; telegramas; publicações em jornais; notificações por meio de oficial de justiça. O erro de

transmissão não impede a formação do negócio jurídi-co, ou do ato jurídico *stricto sensu.* Se A entende que não foi transmitido o que ele disse ao núncio ou mensageiro, ou que ele escreveu no despacho telegráfico, ou o oficial de justiça devia notificar, cabe-lhe alegar e provar *o* erro. Foi ele quem escolheu o núncio ou mensageiro. Foi ele que redigiu o despacho telegráfico, ou mandou que outrem redigisse e ele assinasse. Foi ele ou o seu advogado que redigiu a petição ou requerimento. Não há, aí, em qualquer das espécies, questão de identidade do manifestante. Se houve falsificação, a ponto de ter chegado a B o que A não queria („alugo", em vez de "compro", ou vice-versa), houve manifestação de vontade. O problema é mais delicado, sem, todavia, poder ter duas soluções, se A passou telegrama de felicitações por algum negócio que B fechou e B, que antes ofertara a A outro negócio, chegando a oferta a A antes do telegrama de A, recebe: "Fechado negócio; felicitações", em vez de

"Felicitações por negócio fechado com D". Se o erro foi do escritório de A, ou de núncio de A, tu do telégrafo, A está vinculado; salva a ação de anulação. Foi A quem escolheu o meio de transmissão. Muito diferente é o que se passa se A não ordenou ao núncio, ou empregado de escritório, ou ao telégrafo, qualquer manifestação de vontade, conhecimento, ou sentimento. Tem A ação contra quem passou o telegrama, ou escreveu a carta, ou transmitiu o que entendeu, sem que A o incumbisse disso.

A manifestação de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, ou é em escrito, ou em gravação, ou em telegrama, reputando-se escrito o impresso assinado, ou o disco ou película fonográfica, que apresente os requisitos de ligação à assinatura. Tais manifestações são ditas *materializadas,* ou fixadas. As outras são *não-materializadas,* ou *não-fixadas,* como a que se faz de viva voz, frente a frente ou por telefone. Nada impede que se façam entre presentes as manifestações materializadas ou fixas; são tão usadas quanto as outras. Por serem fixadas, não deixam ser, se o instrumento se perde, ou se destrói. Se B destrói o testamento de A, com a morte de A o testamento começou de produzir efeitos; ainda que B, sem assentimento de A, o houvesse destruído antes de morrer A. Se foi destruido o título de crédito por fogo, ou outro agente físico, ou por terceiro, não fica o credor ou portador dele sem os meios de prova ou sem o processo chamado de amortização. A com-sorte absoluta da promessa com o título (cártula, instrumento) é rara; depende de *lex* specialis.

§ 228. Conceito e lugar na classificação dos fatos jurídicos

1. *Ato humano* e *classificação dos fatos jurídicos.* O ato humano pode entrar no mundo jurídico como ato, ou como fato. Já aí está a dicotomia do suportes fáticos em atos, que entram no mundo jurídico, como atos *jurídicos,* e atos, que só entram no mundo jurídico, como *fatos jurídicos.* Se não se quis o ato jurídico que resultou, não se pode pensar em negócio jurídico. Se foi querida a juridicização do ato como ato e daí resulta a sua entrada no mundo jurídico, *ou* os efeitos são os efeitos queridos *ou* podem ser diferentes. Donde ter-se pensado em considerar nãonegociais todos os atos jurídicos cuja eficácia não corresponda ao conteúdo da vontade. Assim, arbitrariamente se diminuiria a abrangência do conceito de negócio jurídico, atitude que se fundava nos *Motive* (1, 126) do Código Civil alemão e tem sido automaticamente imitada, sem se proceder à crítica que seria de mister. Uma vez que a repelimos, resta-nos o problema de se saber se, adotado o conceito exato, há atos jurídicos (lícitos) nãonegociais, isto é, se, *entre* os negócios jurídicos e os atos que somente entram no mundo jurídico como atos-fatos jurídicos, há classe *terceira,* que seria a dos atos jurídicos nãonegociais (atos jurídicos stricto *sensu).*

§ 229. Classificação dos atos jurídicos stricto sensu

1. *Bases para a classificação.* As manifestações de vontade, que, entrando no mundo jurídico, se fazem atos jurídicos *stricto sensu,* ou *a)* reclamam, *b)* somente comunicam vontade, positiva ou negativamente, ou *c)* integram *atos* ou omissões, ou *d)* comunicam fato (inclusive sentimento), ou e) mandam (impõem ou proibem).

2. *Casuística. a)* As *reclamações* ou *provocações* (Aufforderungen) querem do reclamado ação ou omissão: ou clamam que faça, ou que não faça; ou clamam que se preste o que se promeTe (interpelação, inter pellere, interpulsar, empurrar), ou que se ratifique ou que se eleja; ou clamam emprazamento (fixação de prazo).

b) As *comunicações de vontade* (Willensmitteungen) contêm querem e comunicam-no. São, de ordinário, manifestações de vontade, que servem para determinar prestação, ou prazo, se a favor do devedor

(escolha, fixação de tempo), ou de recusa por parte do credor: a não-ratificação do contrato concluído sem poder de representação (e.g., pelo dono do negócio, se alguém se fez gestor de negócios), a permissão de sublocar (art.

1.201), se o contrato de locação fez dependente dela a sublocação, o consentimento para a cessão (art. 1.201, parágrafo único). A manifestação do devedor de que não quer prestar, ainda que contenha enunciado de não-existência do crédito, ou de ineficácia, ou de existência de exceção, e a do credor de não pretender a prestação, entram na mesma classe; comunica-se vontade, ainda que somente se refira a momento futuro.

c) As *manifestações de vontade não-autônomas,* ou, melhor, não bastantes em si, têm a particularidade de não serem, so por si, negócios jurídicos, nem atos jurídicos *stricto* sensu: o ato jurídico *stricto sensu* é constituído por suporte fático em que sao elementos necessários a manifestação de vontade e ato ou omissão do manifestante da vontade. Tal é que se passa com a *constituição de domicílio* (vontade de se estabelecer com ânimo definitivo + o fato de se estabelecer, arts. 31-42), a gestão *de negócios* alheios (vontade de se ocupar de negócio alheio + gestão efetiva, arts. 1.331, 1.334-1.345), a *restituição da* coisa *empenhada* (vontade de restituir materialmente + entrega material; art. 803, quando não se trata de consequência da remissão de dívida, art. 802,1, ou de renúncia ao penhor, art. 802,111, que seria negócio jurídico unilateral).

d)

As *exteriorizações de representação,* ou *de sentimento* ou são receptícias ou não são, tais como: o perdão (e.g., nãorecepticio, art. 319,11, e parágrafo único, antes da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 54); a notificação da cessão de crédito (art. 1.069); a dc ter alienado a coisa locada (art. 1.197); a de ter outorgado procuração a terceiro *(aliter,* ao mandatário) ou de tê-la revogado (arts. 1.316, 1, 1ª parte, —

1.319); o aviso dos herdeiros do mandatário quanto à morte desse (art. 1.322); a comunicação de ter chegado tarde ao oferente a aceitação (art. 1.082); a notificação ao alienante de vício redibitório (art. 1.101, por isso mesmo o pedido na ação de rescisão contém essa comunicação de fato e leva em si o exercício de pretensão constitutiva negativa); o reconhecimento, de que trata o art. 172, V (interrupção

da prescrição), inconfundível com o negócio jurídico de reconhecimento, que é negócio jurídico.

e)

As *manifestações de vontade mandamentais* nem apenas comunicam vontade, nem reclamam: mandam.

§ 230. a) Reclamações ou atos jurídicos stricto sensu reclamativos

1. Conteúdo *das reclamações.* As reclamações, em verdade, não contêm, necessariamente, manifestação de vontade. O reclamado ou atende ao que dele se reclama, ou sobre o seu desatendimento, como suporte fático, incide regra jurídica, que o ponha no mundo jurídico, produzindo, então, fato jurídico, com os respectivos efeitos jurídicos. A mora é efeito do inadimplemento, se cabe, i *n casu,* a regra jurídica *Dies interpellat pro bom me,* ou do inadimplemento após a interpelação, se tal regra jurídica não cabe; e não da interpelação. Os efeitos da interpelação são o de advertir, reclamar; a mora resulta do inadimplemento. A reclamação para que o donatário manifeste se aceita, ou não, a doação, cria dilema, sem que se possa ver, aí, cominação (=

ameaça): se o donatário não responde, e a doação é sem *modus,* a regra jurídica do art. 1.166 incide; há aceitação (negócio jurídico que bilateraliza o negócio jurídico iniciado pelo negócio jurídico da doação), mas a reclamação foi, apenas, ato jurídico *stricto sensu.* O efeito juridico é o efeito do negócio jurídico bilateralizante, e não da reclamação, com fixação de prazo para aceitar ou não. Por isso mesmo, o doador não pode acrescentar que se terá como recusada a doação não-modal, se não lhe vier resposta dentro do prazo. Há a eficácia dos atos jurídicos *stricto sensu,* que provêm das reclamações, e a eficácia dos fatos jurídicos oriundos do reclamado; e nisso se distinguem, essencialmente, dos negócios jurídicos que produzem os seus efeitos independentemente de qualquer atividade posterior dos figurantes e exatamente a fazem envolvida por eles.

2. *Manifestações de conhecimento sobre manifestações futuras e hipotéticas*

de vontade. As manifestações de conhecimento sobre manifestações de vontade, futuras e hipotéticas, para o caso de ocorrer algum fato, não são reclamações, nem manifestações de vontade (O. Lenel, Nochmals die Lehre von der Voraussetzung, *Archiu for die civilistische Praxis,* 79, 60); posto que possa haver manifestação de vontade para eficácia se algum fato ocorrer

§ 231. Comunicações de vontade ou atos jurídicos stricto sensu comunicativos

1. *Conteúdo das comunicações de vontade.* Nas comunicações de vontade, não se espera que a conduta do que as recebe seja essa, ou aquela, e que, conforme seja, tenha tal ou tal efeito a manifestação de vontade: comunica-se que tal é a vontade do que comunica. Assim, A tem de entregar a B, no dia x, o terreno que lhe vendeu e cuja propriedade já foi transferida, ou não, a B; A comunica a E que se retira da posse no dia x. Se A vendeu relógio, ou livro, para ser entregue no dia x, pode A comunicar a E que deixa a posse do relógio (que está, por exemplo, na joalheria, ou na livraria, em mãos do caixeiro C, ou no cofre). Não há confundirse esse ato juridico *stricto sensu* com o negócio jurídico unilateral da derrelicção. A citação pessoal ou edital nas espécies de alienações" dos arts. 1.113-1.119 do Código de Processo Civil é comunicação de vontade.

2. *Eficácia das comunicações.* As manifestações de vontade, bastantes em si, que não são negócio jurídico, têm os efeitos que resultam da lei, quase sempre seguidos de atos que, por sua vez, surtem efeitos, razão por que, se não se presta atenção a que essa eficácia posterior é do *ato,* que se lhe seguiu, é fácil confundi-Ias com os negócios jurídicos.

§ 232.

c) Manifestações de vontade não bastantes em si ou atos jurídicos stricto sensu compósitos

1. *Manifestações de vontade.* As manifestações de vontade não bastantes em si não podem compor, de si sós, o elemento-ato dos atos jurídicos *stricto sensu;* precisam de algo que entre, com elas, no suporte fático.

Convém, todavia, não as confundir com alguns atos-fatos jurídicos.

2. *Tradição (art. 493, 110.* A transmissão da posse é ato-fato jurídico, não ato jurídico *stricto* sensu (sem razão, A. von Tuhr, *Der Aliqemeine Te,* II, 110); a transmissão por acordo é negócio jurídico, em cujo suporte tático está manifestação de vontade não bastante em si *(=* precisa de que o outorgado possa ter poder tático sobre a coisa). Se o adquirente já tinha o poder fático, o acordo completa o suporte tático do negócio jurídico; se a posse era viciosa, deixa de o ser; dá-se a sucessão, ainda que se tenha de admitir que o adquirente de fato não sucedera.

Não se pode pôr a vontade de gestão de negócios *e a* de constituição de domicílio entre os atos-fatos jurídicos (sem razão, A. von Tuhr, *Der Allgemeine Te,* 111); são manifestações de vontade, não bastantes em si, que integram atos jurídicos stricto *sensu.*

§ 233. c) Exteriorizações de representação ou de sentimento ou atos jurídicos stricto sensu enunciativos

1. Enunciado *de fato e* mundo jurídico. Nas manifestações de conhecimento, há carga preponderante de enunciado de fato: foi, não foi; *é,* não é; ou simplesmente: estou convencido de que foi, de que não foi, ou de que é, ou de que não é. A confissão (art. 136, 1), o *reconhecimento* suficiente *para interromper a prescrição* (art. 172, V), o *reconhecimento* da *filiação* (arts. 356-357, 363, 111; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art.

26), a *datação (aliter,* no direito cambiário, onde a datação é manifestação de vontade negocial), as *relações de herdeiros e de bens* nos inventários, a *aprovação* ou *desaprovação da* coisa *adquirida* (certo, L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 392; sem razão, H. Walsmann, Em Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung,

.Jherings *Jahrbúcher,* 54, 279 s., e A. von Tuhr, *Der Allgemeine* Te!, 11, 114, nota 71, que a consideram declaração de vontade formativa, o que reduziria o direito oriundo da venda e compra a conteúdo de direito formativo).

São manifestações de conhecimento, *e* não negócios jurídicos, portanto entram na classe dos atos jurídicos stricto sensu: a) o reconhecimento da paternidade ou da maternidade (arts. 356-363; Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990, art. 26), como édeclaratória mediatamente a sentença favorável na ação de investigação da paternidade ou da maternidade (arts. 363-367); *14* o escrito a que se refere o art. 363, 111; c) o ato de prestar contas, no que é confissão extrajudicial de entradas; *d)* as declarações de herdeiros e as declarações de bens sempre que se trate de ato de adimplemento do dever de inventariar, ou de admissão a inventariar *(e.g.,* art.

1.771); e) a declaração do tutor a que se refere o art. 430; *fl* o balanço de que se trata no art. 435, cumpre, porém, notar-se que o termo especificando os bens e valores que se entregam ao tutor é negócio jurídico, pelo fato de se transferir, negocialmente, a posse (art. 423); *g)* os recibos e quitações; *li)* as declarações de bens, ou valores, que integram patrimônio sobre o qual outrem tem direitos, pretensões, ações ou exceções (só implicam declaração de que são completas se outro interessado *é* figurante da declaração, não bastando o fato da presença, G. Planck, Komentar, 111, *1-2, Q* ed., 611); i) a informação do cedido ao cessionário ou do devedor ao terceiro, a favor de quem se estipulou, quanto ao montante da dívida; j) o ato do possuidor imediato em que reconhece a posse mediata de outrem; *k)* em geral, as confissões judiciais e extrajudiciais.

Sempre que o reconhecimento *é* ato jurídico *stricto* sensu, além do valor probatório, tem efeitos peculiares à classe, ou subclasse, a que pertence, de direito material. Tais como: interromper a prescrição (art. 172, V); se o que reconheceu o filho A se casa com a mãe de A estabelece-se a presunção de ter coabitado com ela durante o intervalo. O efeito precipuo da confissão é dispensar a prova, O fato de não ter cogitado da confissão extrajudicial o Código de Processo Civil de 1939, arts. 229-234, não excluia a confissão extrajudicial como meio de prova, assim em direito civil como em direito comecial ou em direito administrativo. E meio de prova, como o Código de 1973 estatui no art. 348, in fine, embora sem a força probante da confissão judicial (sem razão, A. Heusler, Die Grundlagen des Beweisrechtes, ArcLúv fúr *ciuilistische Praxis,* 62, 209; e A. Wach, Das Gestãndnis, Archf o, 64, 216). Não se trata de simples indicio, como

pareceu a A. von Tuhr *(Der* Allgemeine *Te,* III, 248). O art. 136, 1, ê expressivo.

2. *Recepticiedade e* não-recepticiedade. As exteriorizações de conhecimento podem ser receptícias, ou não.

Se são recepticias, dizem-se *comunicações* ou *avisos* (os anúncios são coxwunxcaçoes de conhecimento, porém nem sempre entram no mundo juridico Se não são receptícias, entram no mundo juridico, independente de terem sido comunicadas a alguém . Se A comunica a 3 e a C que passou procuração a B, a sua comunicação á *cheia:* comunica e outorga poderes, dependendo o mandato de que o aceite B

(comunicação, ato jurídico *stricto sensu;* procuração, oferta de contrato, portanto negócio jurídico que se bilateraliza com a aceitaçãol; ao passo que a comunicação a C é apenas ato jurídico stricto sensu, porque comunicar manifestação de vontade não é manifestar vontade. Se B responde a A que aceitou, manifesta vontade. *Se* A comunica ter passado procuração, e não passou. o

seu ato pode ter conseqüências jurídicas ,

porém não houve manifestação de vontade. Por isso mesmo, nos testamentos, se *o* testador diz que, no anterior, legou a B, sendo decretada a nulidade do primeiro, B não *é* legatário. Legado *é* negócio jurídico.

Também a comunicação dc futura vontade não é manifestação de vontade (C. Crome, *Systern,* 1, 380, nota *B:* o que diz (não o que promete a terceiro) que vai propor ação de nulidade, ou de anulação, o que ameaça com a venda de uma coisa, ou comunica que vai gerir negócios de outrem, não manifesta vontade, —

anuncia; posto que a comunicação ao dono do negócio possa conter vontade, falta a gestão fática (a gestão de negócio é ato juridico stricto sensu , isto é, da classe c), tratada no *§* 232, *ri9* 1.

3. Alusão ao *tempo em que se quis.* As comunicações ou avisos ou se referem ao passado (o aviso do art.

1.082, a comunicação de ter revogado *a* procuração, arts. 1.316, 1, 1.318 *e* 1.319, a citação cio art. 975, em caso de consignação, *a*

comunicação de ter cedido o crédito, art. 1.069, ou de ter assumido a dívida), ao *presente (a* afirmação das qualidades da coisa pelo alienante), ao *passado e* ao presente (o aviso de existirem vícios redibitórios, mis. 1.101-1.106) e ao futuro (a publicação da data das bastas públicas *e* dos leilões; *a* datação da convocação das assembléias gerais de sociedades, de diretorias, de veufiloes de credores, ou interessados em algum negôcio comum; "ordem do dia").

4. *Cominações.* As cominações *(Androhungefl~* oferecem cedas dificuldades no serem classificadas. *Se* o credor não vem buscar a coisa, ou não a quer receber, *e* o devedor não a pode depositar em consignação, por ser deteriorável, ou excluida de depôsito , o caminho, que lhe fica, *é* o de pedir a hasta pública do art. 1.113

do Código de Processo Civil, com citação do credor, ou avisar a esse de que o vai fazer. Não há aparência de cominação, senão porque há a alternativa a favor do credor: aceitar a coisa, ou sofrer a hasta pública. Essa aparência levou a doutrina a divergendas quanto aos atos cominatários: a) negócio jurídico (O. Planck, *Komentar,* , *4ª* ed., 5191; *bl* "declaração" (P. Oertmanfl, *Recht der Schuldverhàltflisse,* 285); cl comunicação de vontade (A. Manigk, *~j)jenserkIàrung* tmnd Willensgeschdlt, 7261. Ora, na cominação —

etimologicameflte, cominatorio, *minare,* ameaçar, como pôr-se nos muros altos, minoe, e ditar conduta há comunicação de fato futuro *e* há indicação, implícita ou explicita , do que o cominado pode fazer para escapar *à* ameaça. A vontade está, contudo, presente. Há comunicação de vontade, mais fato futuro: ou *a,* ou *b,* (pena cominada). Apenas Ii ê" efeito" de não -a, prefixado pela lei. *d)* As cominações são atos juridicos stricto sensu, entram, de regra, na classe das comunicações de vontade (sem razão, J. Biermann, *I3úrgerliches* Recht, 1, 116; A. von Tuhr, Der Aligemeine *Te,* II, 116, nota 82). O assunto *ja* foi tratado no §

26, 1.

5. Comunicações de conhecimento *por dever* As comunicações de conhecimento podem ser feitas por *dever de comunicação* ou *dever de aviso* (Anzcigep{liCht}. Então, são atos conforme a direito, como os há contrários a direito. Se existe o dever de aviso, só o caso e as circunstâncias podem mostrar. Sempre que há revogabilidade, há necessidade de aviso; porque, se não se cumpre, a revogação é

ineficaz. Mas necessidade e dever são conceitos distintos, O mandante, que remeTe dinheiro para que o mandatário comprasse a casa, pode revogar a procuração, e não avisar; não, porém, ordenar ao banco que faça volver o dinheiro, antes de revogar o mandato: ali, o seu ato, uma vez que é revogável o mandato, é a seu líbito; aqui, não: o seu ato é contrário a direito, infringe dever de manter o dinheiro à disposição do mandatário, conforme os termos ou as instruções da procuração. Não se pode admitir que não exista dever de aviso, por parte do devedor, se se tornou impossível a prestação. Nem do que remete mercadorias que hajam de ser procuradas em depósitos, estações, armazéns ou outro determinado lugar. Nem do que esgotou os fundos para negócio que deva continuar. Nem do que apresentou alguém a casa comercial, se sabe, de fonte segura, que o apresentado se revelou muito aquém das suas informações: ainda que a carta de apresentação não equivalha, na espécie, a negócio jurídico de garantia, o ato do que infringe tal dever pode ser ilícito absoluto (art. 159), em vez de ilícito relativo.

6. A que servem as comunicações *de conhecimento.* As comunicações de conhecimento ora servem a nascimento de direito *(e.g.,* a comunicação que se junta à entrega do objeto achado, arts. 603-606, a notificação do devedor, a "intimação" dos arts. 792, II, e 794, e do Decreto nº 24.778, de 14 de julho de 1934), ora à conservação (e.g., a comunicação ao hoteleiro ou dono de casa de pensão, estalagem, ou o que for, a propósito de perda ou subtração de objetos, inclusive trens, ônibus, carros de lotação e bondes; quanto a vícios redibitórios, para que se dê, no lugar das coisas viciadas, outras em bom estado), ora a exercício de direito (pelo devedor ao credor, se terceiro quer assumir a dívida, pois, se o credor não consente, aprovando-o, não se dá a assunção e, enquanto o consentimento não vem, é revogável a assunção; entre devedor e terceiro, há negócio jurídico, entre credor e terceiro conclui-se com a aprovação: entre devedor e credor, há apenas ato jurídico stricto sensu, e não oferta a que se siga aprovação), como, de regra, ocorre com as cominações.

7. Eficácia das *comunicações* de *conhecimento.* Quanto à *eficácia,* as comunicações de conhecimento, se não têm por fito estabelecerem discussões (afirmações, negações), ligam os que as fazem: *ci)* ou porque devam responder pela *verdade* e *precisão* delas *(e.g.,* o menor, entre dezesseis e vinte e um anos, não pode, para se eximir de obrigação, invocar a idade, se dolosamente a ocultou, inquirido pela

outra parte, ou se, no ato de se obrigar, espontaneamente se disse maior, art. 155; se o que se disse autorizado, como o tutor e o curador, arts. 427 e 453, não no era, ou o que se disse com representação e somente tinha de assistir, por ser titular do pátrio poder, tutor ou curador de relativamente incapaz, arts. 235, 242, 426, 1, 2ª parte, e 453, responde pelo prejuízo decorrente da falsidade, mas já aí se trata de ato ilícito absoluto, se não sobrevém o consentimento, e o mesmo ocorre se o que falta é o assentimento do cônjuge, tutor ou curador; *ouiter,* quanto ao mandatário, art. 1.305); *b)* ou porque os enunciados se têm como verdadeiros, ainda que o não sejam (e.g., se o cedente notificou o cedido, esse procede como se tivesse havido cessão, ainda que não a tivesse havido, arts. 1.069-1.07 1; as comunicações ao registro público antes da retificação, anulação ou cancelamento); *c)* ou porque respondem pela prestação segundo prometeram (o enunciado de fato é *interior* à promessa), tal como é o caso da indicação das qualidades das coisas (arts. 1.101-1.106), o do representante sem poder, ou que excede os poderes (art. 1.305), do empreiteiro-vendedor de materiais (art. 1.238; não nas outras compras-e-vendas de espécie, Max Wolff, Sachmãngel beim Kauf, *Jherings Jahrbacher,* 56, 40, e Fr.

Haymann, *Anfechtung, Sachmàngelgewàhr und Vertragserfúllung,* 44). A tricotomia é extremamente importante. Se A notifica a B que C é o seu procurador, se não explicitou que lhe há de apresentar a procuração, há responsabilidade segundo *b), e* não segundo *a).*

8. *Comunicações puras* e *comunicações impuras de conhecimento*. Nem sempre as comunicações de conhecimento são puras. Há-as *interiores* e há-as *envolventes* de manifestações de vontade: *a)* se A pergunta a B se recebeu a mercadoria e se aceita comprá-la, na pergunta há comunicação de conhecimento (remeTe), manifestação de vontade (oferta), invertidamente, por ser usual manifestar a vontade, remeter e comunicar, razão por que é erro dizer-se (como A. von Tuhr, *Der Aligemeine Te,* II, 118) que ai a comunicação tem efeitos análogos aos dos negócios jurídicos; *b)* se A comunica a B que constituiu seu procurador a C, há, de regra, outorga de procuração e comunicação; *c)* a notificação da cessão ou da assinação de dívida pelo cessionário, ou pelo que assumiu a divida, contém oferta (Hellwig, *Die Vertráge aul Leistung an Dritte,* 167). A análise tem de ser feita, porque a comunicação de conhecimento, em si, não pode ser mais do que ato jurídico stricto *sensu,* ou ato ilícito, nunca negócio jurídico (sem razão, E. 1. Bekker, Sprachliches und Sachlíches zum BGB., *Jherings Jahrbúcher,* 49, 49 s.; G. Planck, Kommen *tar,* IV, 1ª ed., 724).

9. *Exteriorização receptícia.* Quando a exteriorização de conhecimento é comunicação (exteriorização receptícia), trata-se como as manifestações de vontade negociais recepticias. Feita a ausente, adquire eficácia no momento de chegar ao destinatário, — é revogável, antes de chegar (analogia do art. 1.081, IV). Se tinha de ser feita dentro do prazo, basta a expedição (P. Klein, *Die Rechtshondlungen in engeren Sinne,* 144, nota 63); salvo se, na espécie ou no caso, haveria de ser recebida dentro do prazo, como se, nos prazos fixados por lei, ou pelos interessados, a fixação foi concebida a favor do destinatário. A comunicação do art. 1.082 e a de vícios redibitórios (dentro do prazo de preclusão) são a risco do destinatário (J. Unger, Handeln auf fremde Gefahr, *Jherings (Jahrbúcher,* 33, 340). A cominação, quando é elemento do suporte fático da justiça de mão própria (alguma das ações do art. 302, 1, IV, VI-IX, Xl, do Código de Processo Civil de 1939), ou para alienação segundo os arts. 1.113-1.119 do Código de Processo Civil, basta a expedição (sem razão, G.

Planck, *Kornmentar,* Ii, 519; certo, M. Sohm, Der Selbsthilfeverkauf, *Zeitschrift fúr das qesarnte Handelsrecht,* 53, 101, e H. Titze, *Die Lehre vom Missverstãndnis,* 251 s.). A "venda" dos arts. 774, III, 2ª

parte, *verbis* "se lha permitir expressamente o contrato", e 802, IV, é precedida de aviso.

Para os atos jurídicos stricto sensu da classe das exteriorizações de conhecimento são de atender-se as regras jurídicas sobre nulidade em geral e anulabilidade por incapacidade (salvo exceção, e.g., art. 155) e vícios de vontade, e sobre representação, sendo de notar-se, todavia, que as comunicações dolosas e culposas podem dar ensejo a ato ilícito e as que têm a eficácia das subclasses *b)* e *c)* do 7 se tratam como os negócios jurídicos ou como os negócios jurídicos a que aludem. Naturalmente, a teoria do erro tem de se adaptar à responsabilidade pela verdade.

10. *Manifestações de sentimento.* As manifestações de sentimento exercem menor papel do que as manifestações de conhecimento, ou de ignorância, no terreno jurídico. O exemplo mais notável é o perdão, que adiante se vai estudar. As vezes, o sentimento é elemento de composição do suporte fático do ato jurí-

dico licito ou ilícito de outra pessoa (dor física, ou moral, como dano; injúria ao cônjuge ou adultério).

§ 234. Atos Jurídicos stricta sensu mandamentais

1. *Conteúdo* dos *atos jurídicos stricto sensu mandamentais* São atos jurídicos mandamentais aqueles em que o manifestante da vontade impõe ou proibe (mandamentais positivos ou mandamentais negativos), tais como (negativos) a manifestação de vontade do marido à mulher separada judicialmente, para que não use o seu nome, a manifestação de vontade do locador contra o uso indevido da coisa pelo locatário (art. 1.193), ou (positivos) para que repare o prédio (art. 1.206, parágrafo único) ou conserte o muro comum.

Os atos jurídicos mandamentais são atos jurídicos *stricto* sensu, entram na mesma classe que as interpelações, porém não se confundem com elas.

2. *Espécies parecidas.* As vezes o *aviso* (mandamental) enche-se de manifestação de vontade e pode ser negócio jurídico, e não só ato jurídico *stricto* sensu. Se o credor avisa o fiador, sem o beneficio do art. 1.491, de que deve pagar a dívida (art. 1.492, 1-li), tal aviso é *escolha,* nos casos do art. 1.492, 1-11, simples comunicação de fato, no caso do art. 1.492, III; ali, há manifestação de vontade; aqui, não.

§ 235. Análise de alguns atos jurídicos stricto sensu e de espécies estranhas a eles

1. *Anúncio* com *conteúdo de* manifestação *de vontade.* Há *anúncio volitivo,* se apenas se comunica vontade.

Se o tempo em que se deva prestar não foi determinado, ou se o devedor se pode liberar antes do tempo marcado, o credor que, no momento, não pode receber, não incorre em mora, salvo se o devedor anunciou a sua vontade de prestar antes. Discute-se se há, aí, anúncio volitivo (Ankúndigung), portanto simples comunicação de vontade (A. Manigk, *Willenserklãrung* und *Willensgeschàft,* 726; P. Klein, *Anzeigepflicht* im *Schuldrecht,* 46), ou comunicação de conhecimento de fato futuro (J. Biermann, *Burgerliches* Recht, 1, 116; P. Eltzbacher,

Die HandlungsJãhigkeit, 205). É preciso atender-se ao conteúdo da comunicação, pois *a)* se A comunica a B que as coisas vendidas a B chegarão à estação, ou ao cais, ou à casa de B, onde estarão à disposição de B, há comunicação de fato mais comunicação de vontade (que não pode mudar até lá); *b)* se A comunica a B que lhe deseja prestar no dia 5, há comunicação de vontade (que pode mudar), e por isso não é, ainda, prestação.

Note-se que, na espécie a), há comunicação comunicação de conhecimento; na espécie *b)* conhecimento de vontade futura. de vontade, *mais* comunicação de 2. *Interpelação.* A interpelação, que é comunicação de vontade, fora tida por F. Regelsberger *(Pandekten,* 542), E. Matthiass *(Lehrbuch,* 1, 359), C. Crome (System, 1, 391, e II, 137), H. Neumann *(Handsausgabe,* 1, 249), Goldmann-Lilienthal *(Das Bth-gerliches Gesetzbuch,* 1, 342), R. Leonhard *(Allgemeiner Te,* 253, 261 e 263, nota 3), H. Rehbein *(Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 101, e II, 119), Otto Gierke *(Deu tsches Privatrecht,* 1, 284), E. Zitelmann *(Internationales Privatrecht,* II, 380), 3. Breit *(Die Geschãftsfàhigkeit,* 141 s.), H. de Claparêde *(Beitrâge zur Lehre vom Leistungsverzuge,* 86), Max Meyer *(Die Mahnung,* 13) e O. Warneyer, (Kommentar, 1, 505) e outros, como negócio jurídico. Mas a ciência mostrou que não é negócio jurídico (E. Hôlder, *Pandekten,* 1, 210; A.

Manigk, *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften /1k die Rechtsgeschàfte,* 94 s., *Willenserkldrung und Vt/illensgeschãft,* 725 S.; *3.* Kohler, *Lehrbuch,* 1, 150 5376; 3. Biermann, *Bui)rgerliches Recht,* 115; P.

Eltzbacher, *Die Handlungsfãhigkeit,* 192 5.; Th. Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht, *Festgabe* 11W R.

Koch, 120; P. Oertmann, *Das Recht der Schuldverhãltnisse,* 131; E Paech, *Der Leistungsverzug,* 47 s.; L.

Rosenberg, *Stellvertretung irn Prozess,* 53; P. Klein, *Die Rechtshandlungen im engeren* Sinne, 163 nota 175; G. Planck, *Búrgerliches Gesetzbuch,* II, 90, e *Kommentar,* II, 4ª ed., 262 5.; 3. Ereit, *Die GeschâftsJãhigkeit,* 1, 139 5.; G. Krichauff, *Uber die Erfordernisse,* 13; Hflnnebeck, *Die Mahnung,* 5 s.).

A interpelação tem por fim prevenir ao devedor de que a prestação *deve* ser feita. Fixa esse ponto, se já não foi fixado; se já foi fixado, a interpelação é supérflua, porque o seu efeito mais importante, a mora, se produziu antes dela, *ipso* iure. Se a interpretação não alude à exigência de prestação, isto é, à obrigação de prestar, falha ao seu fim.

Idem, se de qualquer modo tenta alterar o conteúdo da obrigação, porque seria alterá-lo unilateral-mente (Max Meyer, *Die Mahnung,* 2); ou se em qualquer circunstância não é feita ao devedor Se a interpelação, que o credor deu, não foi a verdadeira, expôs-se a não ter eficácia a interpelação; se foi, o que depende, praticamente, do que se venha a decidir, a interpelação serviu a precisar o conteúdo da obrigação.

O absolutamente incapaz não pode, validamente, interpelar, nem ser eficazmente interpelado. Aquela interpelação é nula; essa, ineficaz. Quanto ao relativamente incapaz, a interpelação, sem assistência do titular do pátrio poder, tutor, ou curador, se para o exercício da pretensão ela é necessária, tem eficácia, porque só ele ou o que deveria assistir pode alegar a anulabilidade. A interpelação do relativamente incapaz é eficaz, porém ele ou a pessoa que deveria assistir pode pedir a anulação. A solução é diferente da que se dá noutros sistemas jurídicos.

A interpelação é o ato pelo qual o credor exige ao devedor a prestação. O interpelante quer exercer o seu direito; mas precisa manifestar (ou lhe parece aconselhável manifestar) a vontade interpelativa. Há manifestação de vontade; por ela o credor comunica que deseja fazer efetivo *(=* exercer) o seu direito. Na investigação da natureza do instituto, aduziu-se que não é negócio jurídico, porque, com a interpelação, não se cria, nem se modifica, nem se extingue estado jurídico *(e.g.,* A. von Tuhr, *Der Aligerneine Te,* II, 108, nota 28). Que é estado jurídico? Se a interpelação nada extingue, nem muda, nem cria, jpara que, então, se manifesta a vontade? Também foi dito que os efeitos são fáticos (tatsächliche Erfolg), e não *jurídicos* (Rechtswirkung), porque o devedor pode não tomar em consideração a interpelação. Sim, quanto a essa atitude eventual do devedor; todavia, a lei dá eficácia jurídica à interpelação, *ainda* se o devedor não atende a ela. Mais: foi advertido que tal eficácia jurídica se produz se o credor mesmo não a conhece, ou não na quer (a produção de juros opera-se, com a mora, ainda que o credor não no queira). Aí, é a confusão, vulgar nos juristas e sempre por nós combatida, entre a escolha da *categoria jurídica* de que pode dispor o agente e a escolha dos *efeitos.* Quem interpela *quer* a interpelação; quem compra escolhe entre categorias jurídicas, à sua disposição; não *quer* os efeitos da interpelação ou da venda e compra , senão porque quer aquela ou escolheu essa. Poderia ter trocado ou adquirido associando-se.

Onde é possível mora do devedor é possível interpelação (H. de Claparêde, *Beitràge,* 93; E Paech, *Der Leistungsverzug,* 50). Por isso mesmo, a discussão sobre apenas ser instituto do direito das obrigações é de afastar-se desde logo, porque em outros ramos do direito é de empregar-se (C. O. von Madai, *Die Lehre* von *der Mora,* 179;. E E Kniep, *Die Mora des Schuldners,* 1, 73; Er. Mommsen, *Die Lehre von der Mora,* 75; H.

Bettmann, *Die Mahnung,* 16), inclusive no direito público.

Para bem discutirmos o problema da classificação da interpelação, temos de afastar aquelas *interpelações impuras,* em que há interpelação mais exercício de direito formativo modificativo, de modo que, então, há, evidentemente, negócio jurídico, como ocorre com a manifestação de vontade, comunicada pelo que tem pretensão à indenização, de que receberá x, em vez do que é devido (líquido, liquidado, ou ilíquido), e dará quitação, se prestado x até certo dia, ou com a declaração de vontade que se haja feito antes de se pedir a resolução por inadimplemento. Ambas dão ensejo a *negócios jurídicos de determinação de prazo,* negócios jurídicos inconfundíveis com aqueles a que elas se referem. Não é preciso que a determinação seja pelo calendário; basta qualquer outro meio de determinação. Inclusive pode ter sido previsto no negócio jurídico a que alude.

3. As *interpelações do art. 960, e do art. 1.166. a)* A interpelação do art. 960, parágrafo único, bastante em si ou contida em notificação ou protesto, é manifestação de vontade em que o manifestante usou de categoria jurídica, que não é negócio jurídico. 1,) Na mesma classe está a interpelação do art. 1.166, porque só comunica; aceitação é resposta positiva à doação, em vez de ser negativa; a comunicação tornar-se-ia desnecessária se chegasse, antes, a resposta. Nem sequer poderia o doador acrescentar que teria como recusada a doação, não vindo a resposta; esse acréscimo seria não-escrito *(=* inexistente), e a eficácia da interpelação seria a que lhe atribui, cogentemente, a lei (art. 1.166, V parte: "Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro nele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo

): a comunicação entra no mundo jurídico, como ato jurídico *stricto* sensu, e os efeitos são legais. Porém o serem legais os efeitos não basta para mostrar que a interpelação não é negócio jurídico; há negócios jurídicos com efeitos legais. Não é negócio jurídico, porque não

estabelece vinculação especifica do interpelante; nem, é claro, para produzir fato jurídico, precisa de aceitação do interpelado. Noutros termos, não é negócio jurídico unilateral, nem, *a* fortiori, bilateral. *c)* A interpelação edital, para que credores se apresentem a inventário, ou à liquidação de sociedade, ou a concurso de credores, não é negócio jurídico, e os efeitos são apenas os da comunicação. Resta saber se a inserção da cláusula de não ser mais responsável o herdeiro, ou o sócio, pela divida, torna negócio jurídico tal interpelação. Porém a questão logo suscita outra, prejudicial: ,~é possível tornar-se negócio jurídico, com eficácia da extinção de direitos, pretensões, ações e exceções, a interpelação edital ou a pessoal? *É* o problema da negocialização do ato jurídico *stricto sensu,* que se resolve pela negativa, se não há, da parte do interpelante, direito formativo, seja criador, seja modificativo, ou seja extintivo.

Quando não se escolhe categoria jurídica como fim, mas se emprega manifestação de vontade para que se influa na conduta de outrem, não há negócio jurídico, mas interpelação, que é ato jurídico *stricto* sensu.

Influi-se na conduta de outrem; não se determina a sua conduta. Pode não atender a ela; ela + o desatendimento é que produzem tais ou tais efeitos, dos quais o mais freqüente é a constituição do devedor em mora. Não há irradiação da eficácia *desde* a categoria jurídica; e sim *desde* a conduta do interpelado.

Cedas interpelações para manifestar se aceita, ou não, certas interpelações para ratificar, ou não, certas interpelações para que escolha, ou não, entram na mesma classe.

O assentimento aos negócios jurídicos anuláveis por falta do assentimento de alguém que não é figurante, feita por esse, é negócio jurídico (arg. ao art. 148). O assistente do relativamente incapaz, ou o marido, a respeito de atos da mulher, a que teria de assentir, ou a mulher, a respeito de atos do marido, a que teria de assentir, assente: não presta assentimento a negócio jurídico novo; não há ratificação (nesse sentido!) de negócio jurídico que não existe, ou seja nulo: é preciso que exista e não seja nulo o negócio jurídico, para que nele se assinta; e nem todos os negodos jurídicos são ratificáveis; de regra, só o são os negócios jurídicos anuláveis. Diz o art. 148: “O ato anulável pode ser ratificado pelas partes, salvo direito de terceiro. A ratificação retroage à data do ato”. Assim, a ratificação pelo figurante, *e.g.,* em caso de dolo, violência ou erro, e a ratificação pelo que devia assentir e não assentiu, são negócios jurídicos: não são atos jurídicos *stricto*

sensu.

4. Remissão *de dívida.* Discute-se se a remissão de divida (arts. 1.053-1.055) é negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto* sensu. Em verdade, porém, no suporte fático da remissão, ainda quando se trate de simples

"entrega voluntária do escrito particular" (art. 1.053), há manifestação de vontade *negocial,* inconfundível com o que se passa com o perdão (e.g., art. 319, II, e parágrafo único, antes da Lei & 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 54) e com a restituição da coisa empenhada sem ser dirigida à extinção do penhor (art. 803; cf. 1.054).

5. *Pertinencialização e destinação de prédio.* O ato pelo qual a coisa se destina ao fim econômico de outro, resultando disso ser a sua *pertença,* bem como a mudança de destinação do prédio, não é manifestação de vontade, ainda não bastante em si, é *ato fato jurídico.*

6. *Fatos jurídicos concernentes ao casamento.* A convivência em casamento nulo, de que não foi decretada a nulidade, é *ato-fato jurídico* (cf. P. Klein, *Die Rechtshandlungen* im *engeren Sinne,* 77). O restabelecimento da sociedade conjugal (art. 323) é negócio jurídico (E. Seckel, *Die Aufhebung und die Wiederherrstellung,* 33 5.; A. von Tuhr, *Der Allgemeine Te,* II, III, nota 53, e 233, nota 120; sem razão, P. lKlein, 83 5.; *G.*

Planck, *Búrgerliches Gesetzbuch,* IV, 339 e IV, Q ed., 420, que o tinham por ato jurídico stricto sensu; e absurdo, A. Behr, Zwei Streitfragen, *Archiv* for *Búrgerliches Recht,* 25, 41, que pensara em ato-fato jurídico; certo, Th. Olshausen, Uber die Aufhebung der ehelíchen Gemeinschaft, *Archiu,* 23, 153; E Endemann, *Lehrbuch,* II, 8ª-9ª ed., 287, mudou de opinião, pois fora o causador da erronia de A. Behr e de outros). No direito brasileiro, não se exige o *fato* do restabelecimento. Não assim, tratando-se do art. 341, porque ai há simples ato-fato jurídico.

Quando o ato em estado de necessidade acarreta dever de reparação (arts. 1.519 e 1.520), isso se dá porque entrou ele no mundo jurídico

como ato-fato jurídico, e não como ato ilícito, ou ato jurídico *stricto* iuris.

7. *Regras jurídicas* comuns aos atos *jurídicos* stricto sensu *e aos negócios jurídicos.* Em princípio, as regras jurídicas sobre negócios jurídicos incidem sobre os atos jurídicos *stricto iuris:* quanto à capacidade, quanto à representação, quanto aos defeitos de vontade, às causas de nulidade e anulabilidade e à própria perfeição (P.

Klein, *Die Rechtshandlungen im engeren* Sinne, 165 s.). Mas o assunto requer trato à parte.

8. Discussão *a respeito das cominações.* As cominações foram consideradas por J. Biermann *(Búrgerliches Recht,* 1, 116) e A. von Tuhr *(Der Aligemeine Te,* II, 116, nota 82) comunicações de conhecimento; como negócio jurídico, por G. Planck (Kommentar, II, *1,* 307) e P. Oertmann *(Recht der Schuldverhàltnisse,* 3ª-4ª

ed., 152: *Erklãrung);* comunicações de vontade, por P. Eltzbacher *(Die Handlungsfàhigkeit,* 183 s.), A.

Manigk *(WilIenserklàrung und WillensgeschàJt,* 726) e P. Klein *(Anzeigepflicht* im *Schuldrecht,* 29). O

problema não pode ser posto em termos tão ríspidos. Há sempre elemento vontade, porém nem sempre prepondera; se esse elemento se dilui, a ponto de quase só existir aviso de fato futuro *a,* com a alternativa *b,* tal como acontece com os arts. 1.113 s. do Código de Processo Civil, somente se pode pensar em comunicação de conhecimento, em cumprimento de dever de avisar. Assim, aí, e apenas aí, se pode dar razão a J. Biermann e A. von Tuhr.

Em verdade, a ciência não estudara a fundo as cominações. Nelas, há sempre comunicação de conhecimento de fato futuro, mas esse fato pode ser efeito legal, e então não há pensar-se em comunicação de conhecimento, e sim em comunicação de vontade e provável ato futuro de que resultará o efeito legal. Se analisarmos as espécies principais que haviam sido regradas no Código de Processo Civil de 1939, e que no Código de 1973 foram concebidas genericamente sob os arts. 287 e 461, abstraindo do ato inicial do juiz (que é declaração de vontade), poderemos clarear o complexíssimo assunto.

No Código Civil, art. 1.499, diz-se: "O fiador, ainda antes de haver pago, pode exigir que o devedor satisfaça a obrigação, ou o exonere da fiança, desde que a dívida se torne exigível, ou tenha decorrido o prazo dentro no qual o devedor se obrigou a desonerálo". O fiador pode *querer* isso, ou não no *querer.* Se o quer (Código de Processo Civil de 1939, art. 302, 1), comunica a sua vontade. Comunicando-a, ou o devedor satisfaz a obrigação, ou o exonera. São efeitos legais. Ou *a,* ou não-a, e então *h,* sendo *b* efeito legal. Nenhuma preponderância do elemento comunicação de conhecimento (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil* de 1939, III, 1, 89 s).

A *provocatio ad agendum* do art. 302, II, do Código de Processo Civil de 1939 ("Ao fiador, para que o credor acione o devedor") é de direito processual: ou o credor aciona, ou de não *a* resulta a pena cominada.

Tudo se passa como consequência da comunicação de vontade que no art. 302, II, se permitiu ao fiador.

A provocatio *ad probandum* do art. 302, III, do Código de Processo Civil de 1939 ("Ao deserdado, para que o herdeiro instituido, ou aquele a quem -aproveite a deserdação, prove o fundamento desta") tinha- a estrutura de provocatória, em que o autor se punha na àtitude de quem negava a razão da sua deserdação e colocava o herdeiro instituido (ou os legatários, Código Civil, art. 1.769) na posição de quem é trazido a juízo, apenas degradada em *provocatio ad probandum* a *provocatio ad ogendum,* ainda intacta no art. 302, II, do Código de Processo Civil de 1939 (Comentários, III, *1,* 103). O autor *queria* que viesse à prova o réu; o réu ou vinha, ou sofria a consequência da não-prova, pois que foi provocado. Não há comunicação de conhecimento preponderante; mas comunicação de vontade.

Na espécie do Código de Processo Civil, art. 302, IV ("Ao credor, para obter o reforço ou substituição de garantia fidejussória ou real"), o Código Civil *(e.g.,* arts. 954, 11, e 1.490) prevê o reforçamento, ou a substituição, sem o quê a divida se torna exigível antes de expirado o prazo. O credor é livre de *querer,* ou não, o reforço ou substituição. Se quer aquele, ou essa, pede a cominação. A sentença favorável aplica a pena, que está na lei. Na espécie do Código de Processo Civil de 1939, art. 302, V ("A quem tiver direito de exigir prestação de contas ou for obrigado a prestá-las"), havia o exercício da pretensão a que outrem prestasse contas, *mais* a cominação, que *o* autor, a seu líbito, pediu. Também o locador, na espécie do Código de Processo Civil de 1939,

art. 302, VI, por haver reparações urgentes a serem feitas no prédio (Código Civil, arts. 1.205 e 1.207), se o locatário ainda não consentira, pedia a cominação, para que consentisse nas reparações, ou incidisse a pena. A comunicação de vontade existia e a comunicação de conhecimento, quanto às reparações, era apenas a razão de ser feita aquela. Ao proprietário ou inquilino do prédio, na espécie do art. 302, VII, do Código de Processo Civil de 1939, cabia, como hoje cabe, posto que sem a especialidade do rio, e a cominação para impedir que o mau uso da propriedade vizinha prejudicasse a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitavam (Código Civil, art. 555). Tratava-se e trata-se de manifestação de vontade; não só se faz comunicação sobre fato futuro, ameaça-se para o caso de ocorrer o fato.

Diga-se o mesmo quanto às espécies do art. 302, VIII: "Ao proprietário, inclusive o de apartamento..., para exigir do dono do prédio vizinho, ou do condômino, demolição, reparação, ou caução pelo dano iminente"; IX: "Ao proprietário de apartamento **...** para impedir que o condômino transgrida as proibições legais".

Quanto à espécie do art. 302, X ("Á União e ao Estado"— incluam-se o Distrito Federal, o Território e o Municipio **—** "para que o titular do direito de propriedade literária, científica ou artística, reedite a obra, sob pena de desapropriação"), havia, nela, manifestação de vontade: queria-se *a;* ou a pena *b),* se não-a. Na espécie do art. 302, XI ("À União, ao Estado ou ao Município"— e acrescente-se: ao Território **—** "para pedir: *a)* a suspensão ou demolição de obra que contravenha a lei, regulamento ou postura; *b)* a obstrução de valas, ou escavações, a destruição de plantações, a interdição de prédios e, em geral, a cessação do uso nocivo da propriedade, quando o exija a saúde, segurança ou outro interesse público"), havia, evidentemente, manifestação de vontade, por parte da administração. Na espécie do art. 302, XII ("Em geral, a quem, por lei ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo"), ressalta que se queria a abstenção, ou o fato futuro; não só se fazia comunicação de conhecimento.

A espécie relativa ao devedor, que há de restituir imóvel e comunica que o vai deixar em dia certo, é menos simples; todavia, ainda não se diz que se deixa à disposição de 8 o imóvel, que o poderá ocupar no dia tal *(aliter,* se houvesse dito, em carta a C, empregado, que entregasse o imóvel no dia tal), porém que se irá

"querer" (P. Klein, Zurücknahme von "Willensmittelungen", *Archiv,* 33, 249, nota 10). Na espécie do art.

1.113 do Código de Processo Civil de 1939, há comunicação de conhecimento e o efeito é todo oriundo das regras legais, de modo que não há, verdadeiramente, ameaça.

9. *Natureza das apresentações.* As *apresentações de créditos* ou *de objetos para* efeitos *legais* ou *queridos,* as *de documentos a* serem *registrados* etc. (Anmeldungen), são comunicações de vontade, são cobranças, são exigências, são atos com a vontade de registrar, para que a eficácia contra terceiros, ou a criação do direito real se dê, ou, ainda, para que o ato (o que é excepcional) entre no mundo jurídico. Não se pode pensar em comunicação de conhecimento: quer-se, não se sabe que vai ser incluído o crédito, ou feito o registro. Nem, tampouco, em negócio jurídico. Quem apresenta modelo, marca de fábrica, ou invenção, ou apresenta crédito em concurso, manifesta vontade (P. Eltzbacher, *Die Handlungsfàhigkeit,* 193 s; A. Manigk, *Willenserkkirung und Willensgeschàft,* 726; P. Klein, *Anzeigepflicht im Schuldrecht,* 29), como quem leva a registro documento, inclusive de sociedades e fundações (E. Hólder, *Ko,-nrnentar zum Allgemeiner Te,* 174), ou atende, com a alegação de seu direito, a edital (RarI Gareis, *Der Aligemeine Te,* 107), posto que declare vontade, se exerce, apresentando, a sua pretensão à tutela jurídica (pedido de criação de relação jurídica processual).

10. *Provocações e convites.* As provocações e convites *(imitationes),* se entram no mundo jurídico, fazem-se atos jurídicos *stricto sensu:* comunicações de vontade é que são elas. Às vezes, editais; outras vezes, em missivas, por telegramas, cartas, telefones, ou gestos. Os juristas alemães chamam-nas *Aufforderungen* (P.

Eltzbacher, *Die Handlungsfàhigkeit,* 188 **5.;** A. Manigk, *Willenserklãrung und Willensgeschàft,* 726 s.). Se o que tratou com o relativamebnte incapaz, ou com o que se diz procurador ou gestor, se comunica com o pai, tutor, ou curador, ou dono do negócio, sobre o seu assentimento, provoca: o seu ato é comunicação de vontade, e não negócio jurídico, nem comunicação de conhecimento. Quando E. Riezier *(J. v. Staudingers Komnientar* 34ª44 ed., 1, 349 e 550) considerou essa inquirição negócio jurídico (declaração unilateral de vontade, aformal e receptícia), errou; apenas *quer* o provocante que outrem faça declaração de vontade: assentindo, ou não assentindo (cf. P. RIem, Zurticknahme von "Willensmitteungen", *Ardi iv,* 33, 249, nota 14). Também as provocações nos casos do Código Civil, arts. 875, 884 e 1.149, *e.g.,* e do Código de Processo Civil, art. 1.112, V, são

comunicações de vontade. No caso de prestação, que depende de algum ato do credor, a provocação desse pelo devedor, não satisfeita, o põe em mora de receber. Não se trata de negócio jurídico, mas de comunicação de vontade (até a 3ª ed., erradamente, G. Planck; depois, na 4ª ed., II, *1,* 297, certo, como P. Eltzbacher, *Die Handlungsfãhigkeit,* 1, 184; e P. RIem, Die *Rechtshàndlungen im engeren Sinne,* 163, nota 182), portanto ato jurídico *stricto* sensu. No caso de cessão de dívida, se o devedor ou terceiro provoca o credor a aprovar, ou não, a cessão feita, o ato do devedor, ou do terceiro, é comunicação de vontade, ato jurídico *stricto sensu,* e não negócio jurídico (P. Riem, Zurücknahme von Willensmitteungen, *Arch iv,* 33, 250 s.). Se o adquirente provoca o que deveria ter assentido ou consentido na alienação, há comunicação de vontade, e não negócio jurídico; bem assim, se, tendo o adquirente aludido a vício da coisa, ou o dono da obra a vício dessa, o alienante, ou o empreiteiro, o provoca a que escolha entre aceitar, dizer qual o abatimento, que quer, e a rescisão do contrato comutativo: a provocação é comunicação de vontade, ato jurídico *stricto* sensu, não negócio jurídico. A provocação para que o donatário diga se aceita, ou não, a doação, é comunicação de vontade, e não negócio jurídico; bem assim: a do possuidor do art. 516 (não a do possuidor do art. 517) para que o proprietário restituendo aprove as despesas, ou as impugne, ou vá a juízo, tendo-se como aprovadas pelo silêncio do provocado; a provocação do que pode *denunciar* contrato *(e.g.,* arts. 1.209 e 1.197); a do marido, ou da mulher, ao outro cônjuge, para que diga se assente, ou não, ou se ratifica, ou não, ato que o provocante praticou; a do marido à mulher, para que contribua para as despesas do casal (art. 277); a provocação de herdeiros e legatários ou beneficiados por encargo; a provocação dos credores da herança; a do herdeiro gravado ao legatário, ou do legatário ao beneficiado pelo encargo.

11.

Avisos volitivos. Há *avisos* cheios de vontade, que não podem ser considerados comunicações de conhecimento, — são comunicações de vontade: *a)* Se alguém se encarrega de certos negócios, publicamente, como pagar impostos, tratar de registros, ou de obtenção de patentes, procurar mercadorias, ou efetuar despachos, ou requerer em repartições públicas, tem, desde que recebe encargos dessa natureza e lhe não convém, de *avisar* de que não o aceita; idem, aquele que, não exercendo, ou exercendo, publicamente, a profissão, se ofereceu a tratar do negócio (P. RIem, *Anzeigepflicht,* 47): e tal aviso é comunicação de vontade, ato jurídico *stricto* sensu. (O mandatário

que, diante de circunstâncias que o mandante desconhece, entende que esse mudaria as instruções, se conhecesse as circunstâncias, tem o dever de avisar, antes de atuar, e de aguardar respostas, se não há perigo na demora. Esse aviso não é comunicação de vontade. Sem razão, P. RIem, Zurücknahme von "Willensmitteungen", *Archiu,* 33, 251, a propósito do *§* 665, 2ª parte, do Código Civil alemão. E comunicação de conhecimento. E o mesmo ocorre com o dever do depositário quanto ao modo da guarda, a respeito do qual R RIem também errou). *b)* Se o assinado recusa, antes da época fixada para a prestação, de aceitar a assinação, ou se se recusa a prestar, deve avisar o assinante: esse aviso não é negócio juridico, é comunicação de vontade, ato jurídico stricto *sensu. c)* No direito brasileiro, o credor caucionado pode receber os juros dos títulos caucionados (arg. aos arts. 792, IV, e 793); se não foram excluidos os juros e o devedor caucionante incorre em mora, o credor caucionante pode *avisar* o devedor caucionante de que os vai receber e pagar-se até à concorrência da quantia: tal aviso écomunicação de vontade (P. Riem, *Anzeigepflicht im Schuldrecht,* 47, 62). Consideraram A. Manigk *(Wullenserklárung* und *Willensgeschàft,* 726) e P. Klein (Zurticknahme von "Willensmitteungen", *Archiu,* 33, 250) comunicação de vontade a informação de tempo e lugar ao executado, ou dono da coisa empenhada, posta em hasta pública; porém sem razão.

12. *Declarações de vontade atos jurídicos* stricto sensu. Há *comunicações de vontade* claras *(declaradas),* que não se tornam, por isso só, negociais: *a)* o lesado que comunica ao ofensor que aceitaria o conserto, ou a substituição da coisa, mas, recusando-se o ofensor, só admite indenização, comunica vontade, nãonegocial (ainda se há coisa julgada); *b)* o devedor que oferece a prestação ao credor, e esse recusa, somente comunica vontade; c) se o credor fixa prazo ao devedor em mora, para pagar, sob pena de não mais aceitar a prestação, e pedir perdas e danos, apenas comunica vontade; *d)* se o credor declara que quer a pena convencional alternativa (art. 918), comunicou vontade, o seu ato é ato jurídico *stricto sensu,* e não pode mais pedir a execução; *e)* se ao empreiteiro o dono da obra declara que, passado certo prazo para que aquele corrija o defeito, não mais aceitaria a correção, comunica vontade; *1)* se, para o inicio, continuação, ou terminação da empreitada, é preciso algum ato do dono da obra, pode o empreiteiro declarar que dá o prazo de tanto tempo ao dono da obra para praticar o ato necessário, findo o qual, se o dono da obra não atender, terá como denunciado o contrato, e tal declaração é comunicação de vontade.

13. *Pedidos-exigências (certidões, atestados, vias,* avisos *e informações, inventários).* Os pedidos-exigências são: *a)* de certi *dões* dos livros de registro (isto é, quando é dever do oficial de registro passar tais certidões ao que as pede); *b)* de *atestados* pelo que tem dever de atestar, *e.g.,* o médico assistente; *c)* de *via* de negócio jurídico que, a pedido de alguém, ou por praxe, ou convenção, se tem de remeter ou entregar *(e.g.,* se ao cedente o cessionário pede a via, autenticada, ou não, da cessão); *d)* de *avisos* e *informações, e.g.,* se o adquirente ou dono da obra dá instruções para que o alienante ou empreiteiro remeta a coisa para lugar diferente daquele que fora designado para a entrega; se o mandante ou dono do negócio pede informações ou avisos ao mandatário ou gestor de negócio; *e)* de *inventário,* quando há dever de fazê-lo *(e.g.,* art. 1.734, parágrafo único, e pedido de usufrutuário, usuário ou habitante ao dono do prédio); *J)* de *estado de bens (e.g.,* arts. 1.207 e 1.215); *g)* de *estado de obras* ou *serviços.*

14. *Oposições, atos jurídicos* stricto sensu. A oposição que faz *a)* o devedor a que terceiro pague a divida (arts. 930 e 932) écomunicação de vontade (P. Eltzbacher, *Die Handlungsfàhigkeit,* 1, 194 **5.;** A. Manigk, *Wíllenserklârung* und *Willensgeschãft,* 726 e 729; sem razão, O. Fischer e W. Henle, *Bargerliches Gesetzbuch,* 5ª ed., 49). Outrossim: *b)* a oposição do credor do art. 776 (penhor legal), oposição a que o devedor retire os bens móveis (A. Manigk, *Willenserklàrung und Willensgeschàft,* 726 e 727); *c)* a de um dos ger3ntes, ou sócios, se a concordância de todos é exigida pelo contrato (A. Manigk, 726), ou dos que não estavam presentes, se a maioria devia decidir e não na houve; *d)* a oposição a novos talões de cupões (P.

Eltzbacher, *Die HandlungsJàhigkeit,* 1, 195); *e)* a oposição a obras do vizinho.

15. Recusas, atos *jurídicos* stricto sensu. As recusas são comunicações de vontade, desde que não sejam negócios jurídicos, o que é raro ocorrer: a) a recusa do credor a receber a prestação, se está prescrita a pretensão; *b)* a recusa do devedor a prestar, se está prescrita a obrigação; *c)* a recusa do devedor com direito de retenção (A. Manigk, *Willenserklârung* und *Willensgeschãft,* 731); a recusa do art. 1.092, 1ª alínea (recusa a prestar, se o outro contraente não prestou); *e)* a recusa do art. 1.092, 2ª alínea, se sobreveio diminuição do patrimônio do outro contraente; *f* a recusa do donatário a cumprir a doação, se sobreveio circunstância a que se refere o art. 1.175 ou 1.176; *g)* a

recusa do pagamento da recompensa, se há dois ou mais de dois recompensados com o mesmo prêmio, e ainda não acordaram em qual deles há de receber, ou se houver discussão sobre a partilha (art. 1.515, nosso *Da Promessa de Recompensa,* 237 s.), ou se há herdeiros do recompensado e ainda não se abriu inventário; *li)* a recusa do fiador se o credor, tendo acionado o devedor, não o conseguiu (exceção do beneficio da discussão); *i)* a recusa daquele a quem foi pedida ou ordenada a exibição, se há grave perigo, ou grande despesa, enquanto não se dá caução pelos riscos ou despesas; *j)* a recusa ao que adquiriu por ato ilícito absoluto crédito contra alguém, salvo se já prescrita a ação de anulação, sem existir a de nulidade (diferente, o Código Civil alemão, *§* 853); *k)* a recusa do possuidor imediato a restituir a coisa, se tem direito oriundo do proprietário, ou oriundo do possuidor mediato, com direito a possuí-la e a dar a imediata; *1)* a recusa do possuidor com direito de retenção (art. 516, 2ª parte); m) a recusa ao restabelecimento da sociedade conjugal, quando há razão para isso; n) a recusa do herdeiro ou inventariante a pagar dividas do espólio, se o que resta dos bens tornaria sem execução possível bens privilegiados; *o)* a recusa de pagar dividas que excedem as forças da herança.

16. *Reclamações, atos jurídicos* stricto sensu. As reclamações (advertências reclamativas, *Abmahnungen),* são comunicações de vontade (Th. Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht, *Fest gabe ftir* R. Koch, 119-124): *a)* se o que tem uso, ou habitação real, ou o locatário faz mau uso da propriedade (art. 1.193), e o proprietário ou locador não vai até à cominação, que o Código de 1939 regrava no art. 302, XII, satisfazendo-se com a reclamação; se o comuneiro do edifício de apartamento reclama contra o mau uso da propriedade comum; *c)* se o proprietário, ou locatário, reclama contra o dono, ou locatário do prédio, ou apartamento vizinho, contra o mau uso da propriedade vizinha ou divisa; *d)* se o credor causa algum dano ao objeto empenhado, ou em anticrese, ou em uso, ou em uso e fruto, e o proprietário reclama.

§ 236. Revogaçào de comunicações de vontade

1. *Revogação pré-excludente.* Antes de tudo, têm-se de excluir da análise as espécies em que a revogação chega no momento mesmo ou antes da comunicação de vontade (remeTe cada e logo outra, revogando, ou telegrafou, ou telefonou, revogando; telefonou, ou

telegrafou, e telegrafou após, ou telefonou, revogando).

Outrossim, aqueles casos em que houve erro, ou em que chega ao mesmo tempo, ou antes da comunicação de vontade, a retificação do erro, com exclusão de parte ou de toda a comunicação de vontade. O que manifestou mas, simultaneamente, ou antes da chegada, comunica que houve coação, dolo, ou simulação, não comunicou; tal como acontece em caso de erro retificado simultaneamente ou antes. A chegada da retificação após a chegada da comunicação é inoperante.

2. Comunicações *de vontade já recebidas.* Há casos em que o comunicante pode unilateralmente revogar, mediante nova comunicação de vontade, ou negócio jurídico unilateral, a comunicação de vontade já recebida. *a)* O *anúncio volitivo* é revogável, porque só se anuncia vontade futura, mas os danos causados àquele a quem se fez a comunicação têm de ser ressarcidos (cf. P. Riem, *Anzeigepflicht im Schuldrecht,* 62).

b) As *cominações* são revogáveis, com o dever, para o revogante, de ressarcir, e tal revogabilidade resulta de que as cominações não operam no conteúdo das obrigações, nem a revogação o altera. *c)* A *interpelação* não é revogável, os seus efeitos podem ser excluídos por negócio jurídico bilateral (negócio jurídico de modificação obrigacional), como pode ser purgada a mora, ou só excluída para o futuro a eficácia da interpelação (negócio jurídico de dilatação, *Stundungsgeschãft, Stundungsvertrag),* ou, a despeito da convenção entre credor e devedor, persistir a eficácia da interpelação no futuro, só se privando o credor da propositura da ação (Th. Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht, *Festgabe* R. Koch, 123); e a pretensa revogação da interpelação somente se pode conceber como oferta de contrato de modificação ou de dilatação, pois a renúncia do credor a seus direitos, no passado e no futuro, somente purga a mora (art. 959, III). *d)* As *apresentações-comunicações de vontade,* ou apresentações de conteúdo volitivo, são revogáveis até o registro, se para isso foram feitas, até a terminação do concurso de credores, tratando-se de créditos, ou até a decisão no juízo do inventário, com força de coisa julgada, sem necessidade de concordância dos outros credores (K. v. Wilmowski, *Reichskonkursordnung,* 6ª ed., 395), ou do inventariante ou dos herdeiros (o art.

264, do Código de Processo Civil não é invocável, salvo em se tratando de ações — não justificações — do art. 1.154 do Código de Processo Civil, ou das ações do art. 99 do Decreto-Lei n0 7.661, de 21 de junho de 1945). *e)* As *provocações* são revogáveis, por meio de novas comunicações de vontade, até que o provocado tenha

apresentado (provocação à apresentação + comunicação de vontade), *e.g.,* levado a registro; ou apresentação + comunicação de conhecimento, ou até que o provocado tenha declarado, comunicado, exigido, acionado, excetuado, aceito, recusado, escolhido, dado outra garantia, ou praticado o ato (cf. P.

Klein, Zuríicknahme von "Willensmittei!ungen", *Ardi iv,* 33, 264 s.). *e)* Os *avisos* cheios de vontade são revogáveis (o aviso de que vai pór à venda os bens deteriorados, ou a venda mesma), ou são revogáveis no futuro (avisos públicos de que se encarrega de negócios como procurador, despachante etc.), ou irrevogáveis (aviso do assinatário de que não quer prevalecer-se da assinação). *fi* As *comunicações declaradas,* como a do credor pelas reparações e consertos, para que, no prazo, o devedor repare ou conserte, até a expiração do prazo, são revogáveis, mas outro prazo é possível, bem assim a do credor, que "declarou" que não aceitava a prestação (cf. art. 959, II), se o devedor ainda não a ofereceu, sequer verbalmente (se já oferecera, tem-se de pensar em purga da mora), mas é irrevogável a escolha do art. 918. *g)* Os *pedidos-exigências* são revogáveis até que o exigido haja satisfeito o que se lhe exigiu.

h) As *oposições* são revogáveis, e novas oposições permitidas, constituindo a revogação, em certos casos *(e.ç,* revogação da oposição à saída dos bens móveis do penhor legal), renúncia (portanto, negócio jurídico).

li) As *recusas* são revogáveis, exceto a recusa do beneficiado pelo *modus* (encargo). 1) Quanto às *reclamações* (Abmahnungen), produziram o seu efeito, e toda volta atrás é *renúncia* a direito, uma vez que elas eram, *ex hypothesi,* procedentes (conteúdo declarativo). *j)* Precisam de assentimento do que recebeu a comunicação: o aviso volitivo do credor que teve garantia por certo tempo e dentro desse tempo propôs ação, ou avisou ao que prestou a garantia (P. Klein, *Anzeigepflicht,* 62); a oposição a que os sócios ou outras pessoas que tenham de resolver em conjunto, ou por maioria, atuem separadamente, e a oposição a obras do vizinho (pode já as ter destruído, ou alterado).

§ 237. Análise das comunicações de conhecimento

1. *Comunicações de conhecimento, atos jurídicos* stricto sensu. Comunicações de conhecimento ou de representação são as

manifestações de uma pessoa a outra, quanto à representação, julgamento ou testemunho

(A.

Manigk,

Willenserklàrung

und

WillensgeschàJt,

701;

P.

Eltzbacher,

Die

HandlungsJâhigkeit, 199 **5.;** P. Klein, *Anzeigepflicht im Schuldrecht,* 28).

2. *Exemplificação de comunicações de conhecimento.* São comunicações de conhecimento: *a)* as comunicações "claras" (adiante, *mm)* que se fazem ao registro civil das pessoas físicas, sobre nascimento ou morte; *h)* ou quanto à existência ou à extinção da pessoa jurídica (uma vez que é preciso a inscrição para aquela, também o é para essa, arts. 18, parágrafo único, e 21); *c)* a simples comunicação que o representado faz ao terceiro, a quem o representante, e.g., mandatário, apresenta os poderes (J. T. Goldberger, *Der Schutz gutglãubiger Dritter,* 36); *d)* a citação pessoal, ou edital, em caso de consignação em pagamento (art. 975; posto que, sem razão, L. Kuhlenbeck, em *J. v. Staudingers Kommentar,* II, 3ª-4ª ed., nota 3 ao art. 374, houvesse considerado tal aviso "negócio jurídico receptício"; *e)* a "notificação" (aviso) do credor cedente ao devedor cedido (errados, E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 888 s.; H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 3ª

ed., 367, idem, H, Dernburg-Engelmann, II, 4ª ed., 395; H. Neumann, *Handsausgabe,* 5~ ed., 1, § 409, que pensavam em negócio jurídico, mas a natureza de tal comunicação de conhecimento foi bem estudada por R.

Sohm, *Der Gegenstand,* 58 s., e M. Wellspacher, *Das Vertrauen au! àussere Tatbestànde im BGB.,* 71-77); f o aviso de cessão do crédito pelo credor anterior ao devedor, para obstar a que os arts. 1.070 e 1.071, *in*

une, incidam; *g)* o aviso do locador ao locatário de haver alienado a coisa locada, que aliás só o adquirente pode revogar (M. Mittelstein, *Die Miete,* 2ª ed., 504 **5.);** ti) o aviso ao dono da obra, na empreitada de lavor (arts.

1.239 e 1.240), se foi fixado orçamento, quando o empreiteiro prevê que será ultrapassado (P. RIem, Zurücknahme von "Vorstellungsmitteungen", *Archiv ftir Btirgerliches Recht,* 34, 325); *i)* o aviso do art.

1.322 (morte do mandatário, ou incapacidade); *j)* o aviso do art. 1.334 (do gestor ao dono do negócio); *k)* o aviso do depositário ao depositante, em relação a defeito da coisa, ou desse àquele, se o defeito pode causar dano; *1)* a comunicação da morte, ou incapacidade do sócio, pelos herdeiros desse, ou curador, aos outros sócios (cf. art. 1.399, IV); *m)* o aviso do assinatário ao assinante se, antes de atingida a data para a prestação, o assinado a recusa, ou se o assinado não aceita a assinação, ou se o assinatário não pode ou não quer prevalecer-se da assinação (G. Planck, *Kommentar,* II, 4ª ed., 876); n) o aviso do possuidor do título da divida ao portador, ou do possuidor do cupom de juros, se injustamente desapossado, à repartição da Fazenda Federal, Estadual ou Municipal (Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, art. 71); *o)* o aviso de ter achado alguma coisa (art. 603, parágrafo único); *p)* o aviso do usufrutuário, usurário, ou titular do direito de habitação, quanto às reparações de que precisa o prédio, ao seu proprietário (art. 734); q) o aviso ao credor hipotecário ou pignoratício, feito pelo segurador, ou pelo segurado, sem o qual a soma do seguro não pode ser paga ao segurado, e após ela há de decorrer tempo razoável, para que possa ser paga; *r)* o aviso do possuidor mediato ao possuidor imediato de que transmitiu a posse mediata, *e.g.,* ao credor hipotecário ou pignoratício (sem razão, G. Planck, *Rommentar,* III, 3ª ed, nota 2 ao § 1.205, que considerava tal aviso negócio jurídico unilateral receptício; mudou de opinião, na Q ed., 1.159; em verdade, o aviso é apenas elemento do suporte fático do negócio jurídico); *s)* a "intimação" do art. 792 (do credor caucionado ao devedor, cf. art. 794); *t)* o aviso que incumbe ao inventariante, ou ao que é autor ou réu em processo, fazer ao juiz, quanto à morte, incapacidade ou outra causa da falta do tutor, ou curador do herdeiro, legatário, réu, ou autor, ou outro figurante; *u)* o aviso do fideicomissário ao juiz, quanto à morte do fiduciário; *r4* informação sobre a venda da coisa devida, nos casos dos arts. 1.113 s. do Código de Processo Civil, ou em justiça de mão própria (sem razão, E. Schollmeyer, *Recht der Schuldverhãltnisse,* 324; cedo, **P.** Oertmann, *Recht der Schuldverhàltnisse,* 3ª-4ª ed., 285); *w)* as informações às repartições públicas sobre procuração ou cessão de vencimentos, ou

pensões do Estado; x) a informação ao credor hipotecário de que o prédio foi ou vai ser alienado, assumindo a dívida ou prestando hipoteca pelo devedor o novo proprietário; y) a informação do mandatário, ou do gestor de negócios, ao mandante, ou dono do negócio, sobre a situação do negócio (A.

Manigk, *Willenserklàrung und Willensgeschãft,* 703; P. RIem, *Anzeigepflicht im Schuldrecht,* 25); *z)* a participação de A a 8 de ter constituído representante a C, — mas, no que permite a 8 tratar como representante a C, se outorga de poderes não houve, é *constitutiva* (M. Wellspacher, *Das Vertrauen aul ãussere Tatbestande,* 87), e não *declaratória,* e há negócio juridico; *aa)* a participação de A, titular do pátrio poder, tutor, ou curador de relativamente incapaz, a C, sobre ter dado assentimento a ato desse, mas, se, em verdade, o não deu, é constitutiva, e perfaz negócio jurídico (sem razão, *e.g.,* P. RIem, Zurticknahme von

"Vorstellungsmitteungen", *Archiv for Búrgerliches Recht,* 34, 326); *bb)* a leitura do testamento em juízo; *cc)* a simples comunicação (Mitteung) da autoridade judiciária às administrativas, ou vice-versa (excluídas, está claro, as mandamentais daquela); *dd)* a simples apresentação (simples comunicação) dos poderes (procuração) ao com quem o representante trata (art. 1.305; **ci.** Biermann, *Búrgerliches Recta,* 1, 257, 266 e 268; A. von Tuhr, *Der Aligemeine Te,* III, 383, nota 39; G. Planck, *Kommentar,* 1, 462; sem razão, P.

Oertmann, *Aligemeine Te,* 535, que "dispensa" a vontade do procurador no apresentar, e M. Wellspacher, *Das Vertrauen auf àussere Tatbestande,* 83 s., que, escrevendo sob a impressão da classe dos atos jurídicos *stricto* sensu, então não suficientemente estudada, dela excluia a apresentação da procuração); *ee)* a apresentação de contas do representante, administrador, mandatário ou gestor de negócios (receita e despesa), que é simples comunicação (A. Manigk, *Willenserklãrung und Willensgeschâft,* 703); *ffl* a simples comunicação da cessão da dívida (Schuldúbernahme) ao credor, que pode, ou não, consentir (sem razão, G.

Planck, *Kommentar,* li, 3ª ed., nota 2 ao § 415, tinha-a como negócio jurídico unilateral receptício; cf. L.

Mitteis, Zur Kritik des § 123 des BGB., *Leipziger Zeitschrift,* III, 639 **5.;** certo, O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 716); *gg)* a simples comunicação do alienante ao credor hipotecário quanto à alienação do imóvel; titi) a simples comunicação do alienante, se na locação foi inserta a cláusula de ser respeitada pelo adquirente, de a ter alienado (art. 1.197); *ii)* a

simples comunicação do empreiteiro de que existem vícios na obra, ou de que não existem, ou de que foram feitos os consertos ou reparações (P. Riem, Zurticknahme von *Vorstellungsmitteungen, Archiv for Búrgerliches Recht,* 34, 327); jj) a simples comunicação do assinante ao assinando, antes da prestação, de que foi proibida a cessão da assinação de dívida (P. RIem, Zurúcknahme, *Archiv,* 34, 327); *kk)* as comunicações ao público, ainda se feitas pelos juizes, em editais, ou pelos oficiais de registro (cf. E. Zitelmann, *Allgemeiner Te,* 105); *II)* as asserções de capacidade, ou de assistência, ou outras, como a do menor que se diz, ao tomar parte em negócio jurídico, maior, ou assistido (aliás, pode ser, conforme as circunstâncias, ato ilícito absoluto, R. Leonhard, *Der Allgemeine Te,* 340**,** e então não cabe somente o *Malitia supplet aeta tem* do art. 155), a do credor, que, devendo entregar o título, alegando impossibilidade, não no faz e manifesta ter recebido o pagamento (art. 942; P. RIem, Zurticknahme, *Archiv,* 34, 327), a do marido, que precisa do assentimento da mulher, ou da mulher, que precisa do assentimento do marido, quanto à falta, a despeito de firmado o negócio jurídico (consequência: o que a recebe não pode *revogar* a sua manifestação de vontade, e tem de esperar a expiração do prazo, ou providenciar para que seja fixado), e a do tutor, em casos semelhantes, se precisa da autorização do juiz; mm) as comunicações "claras", isto é, declaradas (cf. P. Eltzbacher, *Die Handlungsfàhigkeit,* 203 s.), que se fazem a propósito de estar consertada, ou reparada, a coisa, ou eliminado o vicio, a do figurante do ato jurídico entre vivos, ou do testador, de que não sabe ler ou escrever (arg. ao art. 135, arts. 1.633 e 1.634, 1.638, X, e 1.639), ou de ser surdo-mudo (art. 1.642), sendo de notar-se que algumas circunstâncias não precisam ser "declaradas" e outras são manifestadas; nn) as comunicações-garantias (A. Manigk, *Willenserklãrung und Wullensgeschâft,* 703 s.), nome em que é forte de mais "garantia", melhor *comunicações rescindibilizantes,* que são as de que emana, sendo falsas, rescindibilidade (arts. 1.101-1.106); **00)** os informes circunstanciais (ainda mal definidos por A. Manigk, *Willenserklàrung und Willensgeschàft,* 703, e H. Reichel, Prozessuale Behandlung der Klagen auf Rechnungslegung und Auskunfterteung, *Zeitschrift for deu tschen Prozessrecht,* 37, 49 s.), como os de quem envia ou vai enviar mercadorias ou objetos outros, os do credor cedente sobre como cobrar o crédito cedido, do alienante a respeito do que alienou (fora as comunicações *nn),* os do mandatário ao mandante, ou do gestor de negócios ao dono, do sócio, usuário, locatário, *eg.,* art. 1.215, administrador, ou possuidor, que se retira, ao que entra, os do marido à mulher, sobre administração de bens, a relação de bens pelo inventariante etc; pp) as apresentações de documentos comunicativas, isto é, quando comunicam conhecimento,

por parte do apresentante (porque, se não há esse elemento, apenas se trata de movimentos corporais exteriores, A. Manigk, *Wullenserkldrung und Willensgeschäft,* 703 e 705), como o assentimento do pai, tutor, ou curador, mostrado pelo relativamente incapaz, ou do marido, ou da mulher, pelo outro cônjuge, a apresentação da procuração pelo procurador que a recebeu do constituinte, a apresentação dc documento sentencial sobre a procedência da consignação em pagamento, a prova contra o cessionário de que ele conhecia a simulação do crédito cedido (art. 1.072; M. Wellspacher, *Das Vertrauen auf âussere Tatbestànde,* 60 s.), a apresentação do consentimento do cessionário ao cedido, para a revogação da notificação do art.

1.069 (H. Reichel, *Die Schuldmitúbernahrne,* 452 s.), a apresentação do titulo de crêdito em juízo de inventário, ou em concurso de credores (art. 172, III; P. RIem, Zurúcknahme, *Arch iv,* 34, 331); *qq)* a apresentação de contas (gastos, despesas, lucros; haver e dever); *rr)* as advertências, corno os cartazes, placas, ou letreiros de perigo, ou de marcação de caminho; *ss)* as chamadas "aceitação", "concordância" e

"aprovação" de contas, se apenas são confirmações, comunicações de conhecimento coincidentes, em resposta (cf. A. Manigk, *Willenserklárung und Wullensgeschãfte,* 702 e 705); tt) as avaliações e estimações feitas pelos interessados; *e.g.,* a respeito de objetos de estima, inclusive pelo testador; *uu)* a declaração de existência, ou de não-existência, por perito (declaração pericial), como se o usufrutuário, ou o nu proprietário, ou o fiduciário, ou o fideicomíssário, faz verificar o bem, usufruido ou fideicomitido, por peritos; *vv)* as fixações temporais e locais para atos jurídicos; *ww)* os atestados e certificados; xx) a indicação de fins e motivos das reuniões e assembléias; vv) as cartas de recomendação, quando não são negócios jurídicos, e os conselhos, se não são atos ilícitos, e têm relevância jurídica **(** = entram no mundo jurídico), porque, então, são atos jurídicos *stricto sensu,* o que é rarissimo, *e.g.,* o do gestor de negócios ao dono, para que chegue a tempo de retomar a direção dos seus negócios, porque o gestor tem de se ausentar); *zz)* alguns

"reconhecimentos" (P. Eltzbacher, *Die Handlungsfàhigkeit,* 200 **5.;** J. Rohler, *Lehrbuch,* 1, *1,* 121 s.), como o do art. 172, V, ou o do credor cedente, feito ao devedor, de ter sido supérflua, ou contra direito, a cessão, por já pertencer ao pretenso cessionário o crédito cedido (ci. Kohler, *Lehrbuch,* II, *1,* 541; errados, E

Schollmeyer, *Recht der Schuldverhàltnisse,* 382), e o reconhecimento por escritura pública da cessão da cédula pignoratícia ou hipotecária

(não é negócio juridico9; *aaa)* a quitação, quando não é, em si, negócio jurídico abstrato, ou ato de solução (Tilgungsakt), abstrato e autônomo.

O

reconhecimento da filiação é ato jurídico *stricto sensu* (P. Eltzbacher, *Die Handlungsfàhigkeit,* 202 **5.;** A. Manigk, *Willenserklârung und Willensgeschâft,* 720-723); não é negócio jurídico (certo, W. von Blume, *Das Familienrecht,* 640). O mesmo passa-se com o reconhecimento da legitimidade **(** = filiação +

casamento); sem razão, P. RIem (Zurúcknahme, *Ardi iv,* 34, 338).

3. Comunicações *de conhecimento, simples elemento de suporte fático.* As vezes a comunicação é apenas elemento de suporte fático do negócio jurídico *(e.g.,* o aviso ao possuidor imediato de que hipotecou ou alienou o prédio).

A simples comunicação de fato não verdadeiro, se a falsidade não era conhecida do que a fez, em se tratando de interesse, não proibido, dele, ou daquele a quem a fez, uma vez que escapa de ser ato ilícito absoluto, por violação do direito à verdade (direito de personalidade) ou segundo o art. 159, inclusive de ser abuso de direito (art. 160,1, 2ª parte), ou ato ilícito relativo, é irrelevante: não constitui ato jurídico *stricto* sensu (sem razão, P. RIem, Zurucknahme, *Archiv for Búrgerliches Recht,* 34, 327, a propósito do § 824, 2ª alínea, do Código Civil alemão). Também a falta de impugnação do ato do sem-poderes não é comunicação de conhecimento, mas ratificação, de modo que P. RIem (34, 327) se enganou em pó-la na subclasse das asserções *(Behauptungen),* que são comunicações de conhecimento (Código Civil alemão, § 180, 2ª parte).

§ 238. Revogabilidade das comunicações de conhecimento

1. *Dever de comunicar e revogação.* Se existia dever de comunicar, o que comunica cumpre-o. As comunicações de conhecimento contêm *vox.* Algumas, portanto, podem ser revogadas. A regra é que, existindo dever de comunicar, a comunicação é irrevogável. São conhecidos deveres de avisar, de prestar informações, de simples comunicação, de

inventariar etc. Sempre que tal cumprimento de dever ocorre, a comunicação não pode ser revogada (P. Oertmann, *Recht der Schuldverhâltnisse,* 2ª ed., 214).

Portanto, são irrevogáveis, por exemplo: *a)* o aviso do art. 1.082; a citação (aviso!) do art. 975; *c)* o aviso do locatário ao locador, tendo descoberto ou tendo chegado a acentuar-se o defeito grave da coisa locada, que pode arruiná-la ou lhe diminuir grandemente o valor; *d)* o aviso quanto à incapacidade ou morte do mandatário; *e)* o aviso do empreiteiro quanto a ter de ser excedido o orçamento; os avisos que incumbem ao depositário, ao usuário, ao mandatário, ou ao gestor de negócios etc.; g) o aviso do achado; as informações do que exerce justiça dc mão própria, em caso de venda, ou outros semelhantes; *i)* as informações que sejam necessárias ao dono do negócio, para que tome providências, negociais ou não; j) os editais e publicações de interesses de terceiro, que sejam previstos em lei; *k)* a quitação.

2. *Comunicações Revogáveis de Conhecimento.* São revogáveis as seguintes comunicações de conhecimento: *a)* antes da aprovação do credor, a comunicação simples de ter cedido a divida pode ser revogada pelo cedente e pelo cessionário (G. Planck, k *ommentar,* II, *1,* 602; P. Oertmann, *Recht der Schuldverhàltnisse,* **335);** *b)* a comunicação de ter revogado a procuração; *c)* até a conclusão do negócio jurídico, a comunicação de ter poderes, ou estar assistido; *d)* as convocações de reuniões e assembléias; *e)* as fixações temporais e espaciais (salvo responsabilidade pela não-existência de razão, se já nos últimos momentos foi publicada; a não-realização, pela força maior, não é revogação). Às vezes, é preciso o consentimento daquele a quem se fez a comunicação; mas está esse, quase sempre, envolvido em negócio jurídico.

§ 239. Reconhecimento e espécies dele

1. *Reconhecer* é *manifestar conhecimento.* Todo reconhecimento é manifestação de conhecimento, se não persiste tão-só no foro interno. Podemos reconhecer, sem comunicar; porém o direito só se interessa pelo reconhecimento que se manifesta, algumas vezes só pelo que se *comunica,* ou, até, só pelo que se *declara.*

Reconhecer é estar convencido de que algo, de cuja existência ou inexistência se poderia suspeitar, existiu ou não existiu, ou existe ou

não existe. Uma vez que se está no mundo (fático) do conhecimento, e não no mundo jurídico, as próprias qualidades que o direito cria têm de ser tratadas como fatos. Por isso, o reconhecimento pode versar sobre existir o negócio jurídico, ou não existir, existir a nulidade, ou não existir, existir a anulabilidade, ou não existir.

É da máxima importância frisar-se que a recognição se dá no mundo fático, de modo que todos os enunciados são de existência fática. Reconhecer a nulidade, por exemplo, não é decretá-la, e afirmar a sua existência. Reconhecer a anulabilidade não é decreta-la, é afirmar que existe. Os três planos, que sempre se hão de apontar no direito (o da existência, o da validade e o da eficácia) são vistos em um só: o plano da existência, ou por sobre o mundo jurídico, em plano metalógico. Após os enunciados, o que se pode inferir é que o enunciante está convencido de que o fato existe, ou não existe. Não importa se esse fato é físico, vital, psíquico, ou jurídico, ou, quando se trata de fato jurídico, se é fato jurídico *stricto sensu,* ato-fato jurídico, ato jurídico *stricto sensu,* negócio jurídico, qualidade jurídica, ou efeito jurídico. No estado de pureza, o reconhecimento é livre de toda vontade. Vejo porque percebo, e não porque queria perceber.

2. *Manifestação do reconhecimento e pluralidade de sentidos.*

Nem sempre, porém, o reconhecimento se apresenta em estado puro. Ao reconhecimento em estado puro é que se chama, elipticamente, *declaração* , como se disséssemos declaração da existência de determinado fato, sentido que é o seu, quando se fala de decisões declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas. Então, é apenas declaração de conhecimento, enunciação de fato (positiva ou negativa). Ainda se ocorre por admissão silenciosa do enunciado de outrem, ou pela só manifestação em conduta concludente. A rigor, o reconhecimento é só manifestação, porque a declaração apenas é expressão mais iluminada, mais *clara,* dessa manifestação.

Pelo fato de o elemento declarativo apresentar-se, frequentes vezes, mesclado a outros, a palavra

“reconhecimento” não tem, no uso dos juristas e dos leigos, unidade de sentido. Há alguns significados, que concorreram para enormes dificuldades no estudo dos atos recognitivos.

Aos enunciados de fato, puros de vontade, chamava-se *verba enunciativa* (cf. Silvestre Gomes de Morais, *Tractatus de Executionibus,* II, 329 s.): "verba enuntiativa sunt ea, quae nibil disponunt de praesenti, sed enuntiant praeteritum, vel futurum; vel si loquuntur de praesenti, non sunt tamen ex se apta ad disponendum...; in quo differunt a verbis dispositivis, quae de praesenti sunt apta ad disponendum, ut videre est in verbis dono, lego, relinquo, et similibus".

a)

Reconhecimento puro tem-se no art. 172: "A prescrição interrompe-se: V. Por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor". Não há elemento volitivo, que seja necessário; nem há declaração, em sentido estrito **(** = enunciação "clara, positiva ou negativa, de fato); não é preciso que haja declaração de vontade ou manifestação de vontade. Nem se exige qualquer bilateralidade, ou recepticiedade: o reconhecimento, em fato puramente unilateral, basta. Os que, como E

Endemann *(Lehrbuch,* 1, 8ª-9ª ed., 558, nota 21), E. Hólder *(Aligemeine Te,* 435; Die Normierung der Verjàhrung, *Archiv for Búrgerliches Recht,* 11, 233) e J. Breit *(Die Geschãftsfàhigkeit,* 199), exigiam recepção, tiveram destruidos todos os seus argumentos, e a investigação científica assentou não ser receptícia a enunciação (G. Planck, *Kommentar,* 1, 4ª ed., 534; R Oertmann, *Allgemeiner Te,* 629; H. Dernburg, *Das Búrgerliches Recht,* 1, 3ª ed., 598; R. Leonhard, *Der Alígemeine Te,* 240; A. Manigk, *Willenserklàrung und Willensgeschãft,* 714; P. Eltzbacher, *Die Hondlungsfáhigkeit,* 1, 200; P. Langheineken, *Anspruch und Em rede,* 168). Muitas vezes, o reconhecimento está contido no pagamento por conta, ou no pagamento de juros, na oferta da liquidação com abatimento; porém não sempre. Dá-se o mesmo na prestação de caução, inclusive se, feita por terceiro, nela assente o devedor, tal como acontece com o pagamento por conta, ou de juros, por terceiro. Não é preciso, para que reconhecimento haja, que se refira à causa, ou à importância da dívida (pode-se reconhecer divida de que ainda não se sabe a quanto monta, pois a *quantidade* e o *ser* não se confundem). O ato é ato jurídico *stricto sensu.*

b)

O *reconhecimento negocial* já **é** negócio jurídico cujo objeto é outro negócio jurídico. Ao elemento puramente cognoscitivo aumentou a

manifestação de vontade, de modo que se perfez suporte fático de negócio jurídico, que é o negócio jurídico recognoscitivo, ou de reconhecimento, ou negócio jurídico declarativo. Já se está fora do plano do mundo fático; já se entrou no mundo jurídico. Não há só enunciação de fato; há isso, sem dúvida, *mais* o elemento volitivo suficiente para a composição de suporte fático do negócio jurídico.

c)

Entre as duas espécies, está a confissão, a que se procurou exagerar o elemento volitivo, quase nenhum; às vezes, ausente. Houve aqueles que a consideraram declaração de vontade e, pois, entrando no mundo jurídico, negócio jurídico; aqueles, que a tiveram como comunicação de vontade; e hoje se tem como simples comunicação de conhecimento, suscetível de eventuais elementos volitivos, que não a tornam negócio jurídico, nem comunicação de vontade (Código de Processo Civil, arts. 348-352; sobre os arts. 229-234 do Código anterior, *Comentários,* II, 198-222).

3. *Negócios jurídicos de reconhecimento.* Se o negócio jurídico de reconhecimento é *genus* (= existem muitas espécies de negócios jurídicos de reconhecimento), ou se só há um tipo, com o seu esquema único e indebulhável, é questão que se refere ao "negócio jurídico" de reconhecimento (acima, 2, b), e não ao reconhecimento.

§ 240. Natureza do perdão e do assentimento à ofensa

1. *Diferença essencial entre os dois conceitos.* Preliminarmente, observemos que não há, no Código Civil, conceito de *perdão.* A ciência fica defini-lo, analisando os fatos da vida. Nem há, no Código Civil, qualquer indicação da sua natureza. Daí devemos examinar as atitudes assumidas pelos juristas, antes da conceituação e classificação dele entre os fatos jurídicos.

É fato jurídico, não há dúvida. Regras jurídicas incidem sobre certos suportes fáticos, em que o elemento, ato humano, é perdão, e entram no mundo jurídico *onde* produzem efeitos jurídicos. Não é só fato psíquico, íntimo; é ato da vida de relação, que penetra no mundo jurídico, *com* a incidência de regras jurídicas especiais. O que nos

importa é sabermos, ao cedo, de que espécie de fato jurídico é o perdão. Ao que parece, a primeira monografia que se dedicou ao estudo da natureza do perdão foi, em 1903, a de Eduard Freudenberg *(Die Verzeihung,* especialmente 13-30).

Antes, na *Zeitschrift for Ix'irchenrecht,* X, 89-

105, 220- 245, G. Lflttgert publicara o seu artigo *Die Verzeihung im Ehescheidungsrecht* (O Perdão no Direito sobre Divórcio). Em meio século, foram-se apurando as pesquisas e tirando-se os argumentos. A resposta à pergunta "~Em que classe de fatos jurídicos entra o perdão?" pode ser (porém não tem de ser, necessariamente), para todas as subespécies de perdão (o do art. 319, II, antes da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 54, quanto a adultério; ou o perdão à causa da revogação da doação por ingratidão; ou o perdão no art. 1.597, posto que o art. 1.597 só o admita por ato autêntico ou testamento). A unidade conceptual do perdão seria a mais simples das hipóteses; e a solução mais provável, dada a mesmeidade de eficácia (caducidade do direito, cp. H. Walter, *Das Recht der Ehescheidung,* 59; E. Freudenberg, *Die Verzeihung,* 14). Não se pode negar que essa mesmeidade de eficácia indicie a mesmeidade de natureza; se bem que não baste de si só, para a determinar.

As teorias, que surgiram, mais versaram sobre se tratar de negócio jurídico (A), ato jurídic3 não-negocial ou *stricto sensu* (D) ou ato-fato jurídico (C). Todavia, houve os que sustentassem ser o perdão *dado puramente fático* (E). Dai termos de consignar mais essa atitude.

2. *Teoria do perdão negócio* jurídico; *crítica.* (A) Ver no perdão *negócio jurídico* é identificá-lo com a renúncia, e foi erro em que incorreu L. Jacobi *(Das persãnliche Eherecht,* 108, nota 127), a despeito da advertência dos *Motive* (II, 304; IV, 603). Depois, H. Dernburg *(Das Búrgerliche Recht,* II, V ed., 134) ainda quis mostrar haver no perdão declaração de vontade de caráter negocial, pois que só se perdoa *alguma coisa* e no perdoar se particulariza o *efeito* que se quer, porém não seria negócio jurídico. Percebe-se a confusão entre o fato intimo, de sentimento, que pode, certamente, ser considerado efeito, e o fato manifestado, que de modo nenhum se confunde com o seu efeito jurídico, puramente externo e social. A caracterização como

„declaração de vontade que pertence ao domínio ético (R. Henle, *Vorstellungs* und *Willenstheorie,* 363) seria escapula, que se deve rejeitar, porque não há, sempre, no perdão, declaração, nem se

poderia entender a referência ao moral senão como classificação do suporte fático (extrajuridicamente, portanto), e não como classificação do fato jurídico. Não pode ser só moral o que entra no mundo jurídico, com a incidência de regras jurídicas especiais, e aí produz efeitos. Contra ser negócio jurídico o perdão, O. Lflttgert (Die Verzeihung im Ehescheidungsrecht, *Zeitschrift for Kirchen rech* ***t,*** X, 95). G. Planck *(Búrgerliches Gesetzbuch,* II, 2ª ed., 304; III, 82; IV, 602), O. Fischer e W. Henle *(Búrgerliches Gesetzbuch,*

5~ ed., 258), H. Neumann *(Handsausgabe,* II, 868; Studie, *Fest gabe for* Richard Wilke, 216 s.), E

Endelmann *(Lehrbuch,* 1, 8ª ed., 280), P. Oedmann *(Das Recht der Schulduerhãltnisse,* 252), C. Crome (Systern, 11, 527), B. IVlatthiass *(Lehrbuch,* 1, 537,11, 312 e 520), Th. I-{ipp *(Der Parteiwille,* 23, nota 5), Fritz Friedmann *(Rechtshandlung,* 41), e E. Freudenberg *(Die Verzeihung,* 16 s.). A teoria foi posta de lado.

3. *Teoria do perdão fato puro; crítica. (8)* A opinião que reduzia o perdão a fato puro, moral ou psíquico, apenas refletia falta de atenção à definição de *fato jurídico.* Não ser negócio jurídico, e não ser ato jurídico não-negocial ou *stricto sensu,* ou ato-fato jurídico, não importa em ser fato puro; poderia, ainda, ser fato jurídico *stricto sensu.* Não se compreende que ficassem O. Planck *(BOrgerliches Gesetzbuch,* IV, 323) com a noção de perdão "ato moral" (é-o como suporte fático, porém não está aí a questão), O. Fischer e W. Henle *(Handsausgabe,* 258 e 1.127), com a de "caráter fático" *(tatsãchlicher Character),* e P. Oertmann *(Das Recht der Schuldverhâltnisse,* 252), com a de "acidente fático" *(tatsãchlicher Vorqang).* Como eles, ainda outros (8. Matthiass, *Lehrbuch,* 1, 537,11, 312; W. Raeke, *Die Widerruf der Schenkung,* 67; J. Hollweck, *Das Civileherecht,* 227; J. Erler, *Ehescheidungsrecht,* 121 e 123; C. Davidson, *Das Recht der Ehescheidung,* 85

s.).

Radical, G. Planck *(Kommentar,* IV, V-2ª ed., 323) considerou-o ato moral, portanto, de modo nenhum, negócio jurídico:

o absolutamente incapaz poderia perdoar, inclusive o louco, posto que o representante dele somente possa deixar de propor a ação, ou confessar o perdão, se o incapaz perdoou. Veremos adiante até que ponto de gravidade vai esse erro. Esse "ato moral" de O. Planck não

seria ato jurídico *stricto sensu,* nem, sequer, ato-fato juridico, mas fato ajurídico, que, praticado pelo incapaz, daria o elemento necessário ao perdão, que o representante reconhecesse eficaz **(?).** Se abstrairmos da incapacidade, a questão mais se precisa: ou o que foi coagido, ou levado pelo dolo, não pode alegar a coação, ou o dolo, porque se trata de fato puro, ou pode alegar aquela, ou esse. A discussão em torno de ser ou não ser o perdão negócio jurídico preparou a doutrina e a investigação científica para condições mais precisas. Mas, em verdade, algumas discussões, que não desceram à análise do ato de perdoar, turbaram as soluções propostas. Não se viu, por exemplo, que perdoar exige, conceptualmente, a capacidade natural. Por outro, o elemento moral chamou sobre si demasiada atenção.

Não há negar o conteúdo moral do ato de perdão. E tanto ato moral quanto a ingratidão do donatário (arts.

1.181-1.187), o abuso dos direitos conjugais (arts. 231 e 160, 1, in *fine),* o fundamento da separação judicial, ou da deserdação (arts. 1.741- 1.745 e 1.595). Mas isso nada pode decidir quanto a ser ato jurídico, ou não; o abuso do direito conjugal é ato juridico) ilícito; o adultério é infração contratual.

4. *Teoria do perdão ato-fato jurídico; crítica.* **(C)** A explicação do perdão, já no mundo jurídico, isto é, depois de ter ocorrido e ter incidido sobre ele a regra jurídica, porém não como ato jurídico nem negócio jurídico, nem ato jurídico *stricto sensu* ou nãonegocial), somente poderia ser, para alguns, a do perdão como *ato-fato jurídico.* Não teria o defeito de responder à questão "~Qual a classe de fato jurídico em que se inclui o perdão?" com resposta à questão relativa ao elemento que entrara no suporte fático. O perdão seria ato humano tratado como fato humano, tal qual a ocupação, e estaria no rol dos atos-fatos jurídicos.

Essa desumanização do perdão é um tanto chocante; mas, em verdade, a vontade e o sentimento lá estão e lá persistem. Quanto ao louco, ou outro absolutamente incapaz, seria difícil conciliar-se com a realidade psíquica que a pessoa incapaz de pesar o ato ofensivo de outra pudesse *perdoar.* Todo perdão supõe aprecia-

ção das circunstâncias. Perdoar é doar completamente *(perdonare).*

No direito romano, a L. 14, § 9, D., *ad legem Juliam de adulterjis coercendis,* 48, 5, tirada de Ulpiano, *De adulteriis,* disse que a repudiada por adultério, se foi tomada outra vez por mulher, não pode ser acusada pelo delito que comeTe no primeiro matrimônio, porque, volvendo o varão a tê-la por mulher, *aboliu* os delitos do primeiro matrimônio (abolevit enim prioris matrimonii delicta reducendo eam). O direito comum recebeu a regra. Na L. 11, § 1, D., *de iniuriis et famosis libeilis,* 47. 10, Ulpiano (Comentários ao Edicto, 57) disse que a ação de injúria se extingue pela dissimulação e se alguém houve, que relinqúiu a injúria (si quis **...** iniuriam relinquerit), depois, arrependendo-se, não poderá volver a falar da injúria que remitiu (postea ex paenitentia remissam iniuriam non poterit recolere); e, na L. 17, § 6, aludiu ao caso de alguém ter remitido injúria, por sua vontade, no qual, sem dúvida, se há de dizer que se extingue a ação de injúria, *não menos do que se a injúria tivesse sido extinta pelo tempo* (si nuda voluntate iniuriam remisit, indubitate dicendum est extingui iniuriarum actionem ***non*** *minus, quam si tempore abolita fuerit iniuria).*

O delito existiu; a causa de divórcio existiu. Em termos científicos: o suporte fático completou-se; a regra jurídica incidiu; o suporte entrou, assim, no mundo jurídico: houve fato jurídico. Seja ato jurídico nãonegocial, ou ato-fato jurídico, o perdão extingue, remite, faz caducar O direito, a pretensão e a ação do ofendido caem **(** = saem do mundo jurídico, porque se lhe desfalca o suporte fático, a que se desce). Tudo isso estava no pensamento dos juristas romanos — de Ulpiano, que aí excele; pois os verbos empregados nos textos supõem a obliteração, a posterioridade do perdão ao fato *jurídico* do adultério ou da injúria: relinqúir.

relicção; remitir; abolir. Tal como se dá com o acabar pelo tempo: non minus, quam si tempore abolita fuerit iniuria". Os juristas modernos não prestaram a devida atenção aos textos, que são reveladores: o delito não deixa de *ter sido;* deixa de *ser,* pela remissão, pela relicção, pelo abandono. Já é no mundo juridico, e não antes, no mundo fático, que isso ocorre.

No direito civil, antes da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 54, a despeito de se ter falado (Código Civil, art. 319, *pr.* e II) de "deixar de ser motivo para o desquite" *(pr.),* a posterioridade era evidente:

"Se o cônjuge inocente lho houver perdoado" (11). No parágrafo único, ainda se acentuava: "Presumese perdoado o adultério, quando o

cônjuge inocente, conhecendo-o, coabitar com o culpado". Passa-se o mesmo no Código Penal, art. 105, onde, aliás, se pôs o perdão no plano da ação: "O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação"; e, depois, nas causas de extinção da punibilidade (art. 107, V), ao lado da renúncia ao direito de queixa.

A concepção do perdão como ato-fato jurídico, ao lado dos atos reais (especificação, tradição possessória, abandono da posse, descobrimento de tesouro, composição de obra literária etc.), a responsabilidade sem culpa e as caducidades sem culpa, seria artificial.

5. *Teoria do perdão ato jurídico* stricto sensu. **(D)** Por isso, outros juristas entenderam que o perdão é ato jurídico não-negocial, ato jurídico *stricto sensu.* Um deles, H. Dernburg *(Lehrbuch,* II, 133 s.), considerou-o declaração de vontade, de que resulta, com a entrada no mundo jurídico, ato jurídico (Rechtshandlung), sem ainda frisar ser não-negocial. O perdão seria ato parecido com os negócios jurídicos. Donde serem abrangentes dele as regras jurídicas sobre erro, dolo e violência. Parece que até ai também ia E Endemann *(Einfúhrung,* II, *2,* 679, nota 17). A concepção aceda no classificar, porém deixa sem análise o ato mesmo do perdão.

Continuou aberta a questão: ~E o perdão ato jurídico *stricto sensu* ou ato-fato jurídico? E ato jurídico *stricto sensu,* e não ato-fato jurídico. O perdão é exatamente causa de caducidade, com o conteúdo de ato jurídico *stricto sensu,* e nisso se distingue do assentimento no ato ofensivo *(e.g.,* consentimento no adultério, antes da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 54, Código Civil, art. 319, 1).

6. *Assentimento à infração e perdão.* O assentimento não é, como o perdão, ato jurídico *stricto sensu.* Não é negócio jurídico, — nem, sequer, ato-fato jurídico: o absolutamente incapaz não pode assentir, como seria incapaz de praticar ato ilícito (P. RIem, *Die Rechtshandlungen im engeren Sinne,* 114; sem razão, O.

Opet, *Das Familienrecht,* 392); o relativamente incapaz pode assentir no adultério. O assentimento não precisa ser comunicado ao cônjuge adúltero, nem exige acordo, ainda tácito: bastam o ato de um e o

assentimento do outro. Não precisa, sequer, que dele tenha conhecimento o infrator; e pode ser manifestado tacitamente, posto que não baste o simples fato de ter noticia da infração o ofendido. Em todo caso, não é preciso haver conhecimento seguro da infração, para que haja assentimento do ofendido (O. Warrieyer, *Kommentar,* II, 703). Também é assentir ter concorrido, ou planejado, ou incentivado o adultério do outro cônjuge, ou outra falta, para obter fundamento para divórcio ou para separação judicial. O assentimento pode ser *anterior, simultâneo* ou *posterior à* infração; e dai certa dificuldade, que houve, em se saber se é fato extintivo (como o perdão) do fato juridico que proveria da infração, ou se é elemento negativo da infração (préexcludente). O assentimento prévio ou simultâneo é, evidentemente, excludente de elemento do suporte fático da infração; *e.g.,* adultério: adultêrio há, faticamente; porém não o Jato *jurídico* do adultério. Quanto ao assentimento posterior, ou se tem como (a) pré-excludente *(=* não há, juridicamente, adultério), ou como *(b)* extintivo **(=** o adultério, que houve, deixa de ser), tal como se passa com o perdão, ou como *(c)* encoberto pela *exceptio doU* o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção do ofendido. Se (a), não há, no mundo jurídico,

— posto que assentimento (fático) do ofendido tivesse havido, **—** o fato jurídico da infração (e.g., do adultério). Não se poderia falar de caducidade: o que não está no mundo jurídico, dele não cai. Se *(b),* há, no mundo jurídico, a infração: o assentimento, posterior, importaria em perda do direito, pretensão, ação, ou exceção; portanto, caducidade (assim, sem distinguir, sequer, o assentimento prévio e o posterior, L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 3O[ª] e 34[ª] ed., 334, ainda na ed. de Hans Cari Nipperdey, § 128, IV, **3,** *c).* Se *(c),* teria o ofensor apenas a *exceptiodou.*

Para se achar a verdadeira natureza do assentimento às infrações, tem-se de procurar a realidade da vida. **O**

fato praticado, ou deixado de praticar, se o agente tinha razões para crer que não fosse lesivo, não é infração (e.g., se o cônjuge pensava que não estava casado, em virtude de sentença de nulidade ou de anulação, ou de divórcio, trânsita em julgado, se houve, ou não, outro casamento, mas sobrevém rescisão, retirando a sentença na ação rescisória a eficácia sentencial anterior). É de lastimar-se que juristas de prol como L.

Erineccerus *(Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª cd., 334) ainda incluissem o assentimento ao adultério como caducidade.

O

assentimento ao suporte fático do adultério pode ser *geral* ou *especial* (O. Warneyer, *Kommentar,* II, 703); *e.g., é* geral, se o cônjuge manifesta que não importa, de modo algum, se o outro cônjuge infrmnje o dever conjugal de fidelidade, ou, sabendo que se repete, com diferentes pessoas, não toma qualquer atitude.

O conceito tem grande importância para se saber se há fato de assentimento, ou se há *estado de* assentimento, o que assaz se caracteriza quando se aprecia o momento em que *cessou* o assentimerito. O

mesmo ocorre em direito penal (Código Penal, art. 240, *§* 3º, II**).**

§ 241. Suporte fático do perdão

1. *Análise do suporte fático. Perdão* é a manifestação de sentimento e vontade que parte de alguém, que foi ofendido, em sua pessoa, ou em seus bens, ou em alguém que ao perdoante mereça grande estima *(e.g.,* se a lei eleva à categoria de ofensa a que se faz ao cônjuge). Não há perdão sem que se trate de ofensa, que se perdoa **(** = remite, abandona, *per-donat).* Os seus pressupostos são subjetivos e objetivos, a) Subjetivos são os pressupostos que concernem à existência de certa relação moral entre duas pessoas e à conduta da pessoa, que causa a ofensa à outra. Sem se supor no ofendido, intimamente, o sentimento da ofensa, não se pode pensar em perdão. Já aqui está a resposta científica ao problema que os juristas tanto conturbaram: o absolutamente incapaz não pode perdoar, porque não há, nele, o sentimento da ofensa, ou, pelo menos, o direito não considera normal o que acaso sinta. O adultério do cônjuge do louco ofende-o; esse não pode perdoar, porque tanto seria inimputável o seu ato de perdão quanto irrelevante o seu sentimento da ofensa, pois, louco como é, poderia tê-lo sem causa. Se o ofensor não teve culpa (e é o caso da pessoa induzida pelo ofendido), falta um dos pressupostos subjetivos do perdão. Daí o adultério, para o qual o outro cônjuge concorreu, não ser, juridicamente, adultério (ou ser encobrível pela *exceptio doU,* se o sistema jurídico o prefere); sem se poder pensar em perdão, em tal

espécie (art. 319, 1 e II, antes da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 54). *b)* Pressuposto objetivo é a existência de conflito entre as duas pessoas, causado pelo ato de uma delas. Se o ofendido não conhecia a ofensa, perdoar seria sem conteúdo; para que exista perdão, é preciso que o ofendido conheça a ofensa: se a conhece, o perdão pode ser presumido (art. 319, parágrafo único: "Presume-se perdoado o adultério, quando o cônjuge inocente, *conhecendo-o,* coabitar com o culpado.", antes da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 54). O conflito tem de ser externo, entre *ego* e *alter;* o conflito interior, de si para si, somente levaria ao perdão manifestado a si mesmo, que é sem interesse para o direito. Por outro lado, perdoar e esquecer são fatos inconfundíveis: nem sempre perdoa quem esquece; nem sempre esquece quem perdoa.

Não é preciso que o perdoante saiba que o ato, que ele perdoa, fora causa de nascimento de direito, pretensão, ação, ou exceção (O. Warneyer, *Kommentar,* II, 719). As expressões iniciais ou finais das cartas, telegramas, ou telefonemas, ou fonogramas, que traduzem amizade ("querido", "meu marido", "minha mulher", "com o abraço e os beijos de") não bastam para prova do perdão, principalmente quando o ofendido não está a par da gravidade da falta. Tão-pouco é perdão a declaração de vontade, ainda perante o juiz, de não querer separar-se judicialmente, ou divorciar-se (O. Warneyer, *Kommentar,* II, 720), ou a promessa de desistir da ação intentada, ou o simples pedido de separação, se podia a pessoa, nas justiças do lugar, pedir o divórcio.

2. *Seriedade do perdão.* Tem de ser *sério* o perdão. Perdão pilhérico não é perdão. A reserva mental, ainda explícita, que contradiga atos de perdão, como a coabitação (art. 391, parágrafo único), é sem relevância; houve perdão. O ato, que se perdoa, tem de ser abrangido, todo, pelo perdão; e.g., o perdão do adultério com C não apanha o adultério com D (O. Warneyer, *Kommentar,* II, 719, nota 2); o perdão do adultério com C é até a data do perdão, e não de atos posteriores; o perdão do adultério com C, conhecido até certa data, não alcança atos posteriores a essa data.

O

perdão não precisa ser manifestado à pessoa a quem se perdoa (O. Opet, *Das Familienrecht,* 406; A. B.

Schmidt, *Familienrecht,* 714; G. Planck, *Kommentar,* IV, Q ed., 398; contra, sem razão, H. Dernburg, *Das Búirgerliche* Recht, IV, 94); portanto, é ato jurídico *stricto sensu* não-recepticio.

3. *Forma e prova do perdão.* O perdão não é somente fato íntimo. Tem de manifestar-se, ter *forma.* No suporte fático do perdão há de estar a manifestação dele. Por isso mesmo e porque pode exprimir-se em atos sem palavras, o art. 319, parágrafo único, lançara mão de presunção, para o caso de vir o ofendido a coabitar com o culpado.

O

juiz pode, examinando os fatos, afastar que se tenha direito, pretensão, ação, ou exceção, se o perdão o excluir: o perdão é fato extintivo, que se aprecia de ofício. É possível alega-lo enquanto não há coisa julgada formal. No grau de embargos, de recurso especial ou em recurso extraordinário, também; na ação rescisória de sentença, somente pode ser alegado de novo, ou atacado pela primeira vez, se o julgado se firmou em prova falsa, conforme o art. 485, VI, do Código de Processo Civil. Salvo se a questão é só jurídica.

§ 242. Suporte fático do assentimento à infração

1. *Assentimento à infração, elemento fático.* Assentir no suporte fático, de que *surgiria* o fato jurídico, é juntar-lhe fato pré-excludente. Não é elemento de negócio juridico, nem de ato jurídico *stricto sensu,* nem de ato-fato jurídico, nem de fato jurídico *stricto sensu.* No suporte fático, é preciso que haja manifestação de vontade e seja séria; não se pode exigir recepticiedade, nem, sequer, que seja feita ao agente do fato ofensivo. Entende-se que se deu o assentimento *ao tempo do fato lesivo,* porque, então, impede que esse fato entre no mundo jurídico, salvo se a lei adotou outra concepção. Daí ser equívoco dizer-se que "o adultério deixará de ser motivo para a separação judicial se o autor houver concorrido para que o réu o cometa" (art.

319, 1, antes da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 54), ou que não haverá direito ao divórcio (Recht auf Ehescheidung), ou separação judicial, se o outro cônjuge assente no adultério (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 334). O adultério, no primeiro caso, não

entrou no mundo jurídico; no segundo, também. A *com pensatio delicti,* que o direito canônico e o direito protestante admitem, importa em extinção; não o assentimento que o art. 319, 1, previa antes da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 54 (O Código Penal, art. 240, § 39, II, tem concepção própria, que só se refere à ação penal).

2. *Meios de assentimento.* **O** assentir pode ser preparar, auxiliar, concorrer, ajudar; *e.g.,* se o marido põe detetive que seduza, ou arranja quem seduza a mulher, e a leve a relações sexuais.

§ 243. Eficácia do perdão

1. *Eficácia extintiva.* O perdão tem o efeito de fazer *caducar* o direito do que perdoa. O direito perde-se, *cai,* em virtude de ato jurídico *stricto sensu* do titular Tal é a definição mesma dessa espécie de caducidade.

Outras caducidades, porém com culpa, têm-se na perda do pátrio poder (art. 395), em conseqüência de ato do titular, ainda como efeito anexo da sentença penal (Código Penal, art. 92, II), e na perda do direito de resolução (convencionado), se o titular impossibilitou, pela alteração da coisa, a restituição dela; e outros, sem culpa, nos prazos preclusivos puros. Naturalmente, outros sistemas jurídicos podem conceber o perdão como desfalcante do suporte fático, e, pois, ato *antes* da entrada do ato ofensivo no mundo jurídico; contudo, essa concepção não é a do direito brasileiro, nem merece, *de lege ferenda,* ser acoIhida, porque confunde extintividade, *posterius,* com a simples insuficiência do suporte fático, *prius.*

2. *Extensão da eficácia.* A eficácia do perdão é, até certo ponto, determinada pelos pressupostos subjetivos e objetivos do perdão. Por isso, desaparece ~. mácula na relação entre as duas pessoas e o conflito entre elas.

Em suma: caduca todo direito, pretensão, ação, ou exceção, que do ato ofensivo nasceu. O direito só se preocupa, daí em diante, com os efeitos jurídicos (negativos) do perdão. Porém só se extingue aquilo que foi objeto de perdão.

§ 244. Revogabilidade do perdão?

1. *A questão da revogabilidade.* A questão da revogabilidade ou irrevogabilidade do perdão tem sido, até hoje, mal posta. Primeiro haveria de ser respondido se há manifestação de vontade, ***vox,*** em que a vontade seja relevante; porque, se fosse ato-fato jurídico, não se poderia pensar em se revogar o que não se declarou, ou manifestou, como vox. Se houvesse no perdão somente vontade-fato, vontade puramente fática, então, *a fortio ri,* seria irrevogável, porque não há retirar-se voz onde voz não se pôs.

2. *Irrevogabilidade.* Em todo caso, pois que o perdão é manifestação de vontade e de sentimento (ato jurídico *stricto sensu),* os elementos do suporte fático estão completos, inclusive houve o conhecimento da ofensa, — também não se pode admitir revogação, porque o perdão opera, instantaneamente, os seus efeitos.

Qualquer ato do perdoado, que importe em motivo de arrependimento do perdão, seria nova ofensa, que não poderia ir alterar, *no passado,* o perdão que se dera: seria preciso outro perdão; ou a nova ofensa, não a anterior, estaria incólume. Se o perdoante ignorava a extensão ou a gravidade da ofensa, não se há de cogitar de revogação do perdão: só se perdoou aquilo que se conhecia; não o que se ignorava. Por onde se vê que o falar-se de revogação do perdão é levantar-se pseuda questão. Tal como veremos a propósito da anulabilidade. No entanto, E. Freudenberg *(Die Verzeihung,* 74) pensou em *declaração revocatária;* e G.

Lúttgert (Die Verzeihung, *Zeitschrift for Kirchenrecht, X,* 100), em *objeção* de revogação, no processo. As suas afirmações, sem suficiente argumentação, caem, por lhes faltar fundamento em boa análise do ato mesmo de perdoar

§ 245. Anulabilidade e nulidade do perdão?

1. *Incapacidade relativa e vícios de vontade.* Ato jurídico *stricto sensu,* pensou-se em haver invalidade (especialmente anulabilidade) do perdão. O perdão não é anulável por incapacidade relativa do perdoante, nem por vícios de vontade (art. 147, 1-lI). Não é anulável, por incapacidade relativa, porque, entre os atos para os quais precisa de assentimento o relativamente incapaz, não está o perdão. Não no é por vício de vontade, porque: *a)* Se houve erro, isto é, se o que manifestou a sua vontade e o seu sentimento, crendo perdoar, desconhecia circunstâncias importantes que, se as conhecesse, não perdoaria, *não perdoou* (= no suporte fático do perdão devem achar-se essa manifestação e o conhecimento do que foi a ofensa, sua intensidade e gravidade). Quem perdoou o mais, perdoou o menos; quem perdoou menos do que foi a ofensa não perdoou o resto; portanto, *não perdoou. b)* Se houve dolo, como se o perdão veio após ter dito o ofensor que a ofensa não continuara, e continuou, tendo preparado cartas suas e de terceiro para o provar, a asserção é falsa, e *perdão não houve.*

c) Se houve coação, de modo que o ofendido, para escapar de violência a si, ou a pessoa da familia, declarou perdoar, ou anuiu na coabitação a que se referia o art. 319, parágrafo único, *perdão não houve.* Tudo se passa no plano da existência, e não no plano da validade. Dai termos aludido ao erro, ao dolo, a ameaças e violência, como excludentes da *existência* do perdão *(Tratado de Direito de Família,* 1, 438). Não se revoga nem se anula (cf. F. Endemann, *Lehrbuch,* II, 8ª e 9ª ed., 243, nota 33; contra, sem razão, A. 13. Schmidt, *Familienrecht,* 713). Nem se pode dizer, como E Endemann *(Lehrbuch,* II, 243) e E. Klein (Bedingte Verzeihung, *Blàtter for Rechtspflege,* 10, 113), que se trata de nulidade: seria trazer ao plano da validade o que pertence ao plano da existência.

2. *Reserva mental e ilicitude.* A reserva mental não obsta ao perdão. Nem importa se o perdoante quis, ou não, os efeitos jurídicos do perdão (cl. P. Klein, *Die Rechtshandlungen.* 117).

Quanto às nulidades por ilicitude ou impossibilidade, o perdão somente é admitido nos casos que a lei aponta: fica fora do mundo jurídico se não há regra jurídica que o preveja; e o seu objeto, por definição, é ético, licito e possível.

§ 246. Condição e termo quanto ao perdão

1. *Determinações de condição e termo.* Discute-se se o perdão pode ser a termo, e tem-se de responder negativamente; discute-se também se pode ser sob condição. Seriam exemplos de perdões condicionais: o perdão que, suspensiva a condição, só se teria como ocorrido se o ofensor praticasse ou deixasse de praticar cedo ato *(e.g.,* deixar de cumprimentar C); o perdão que, resolutiva a condição, deixaria de ser, se o ofensor viesse a praticar ou deixar de praticar certo ato (e.g., volver a cumprimentar a C); ou, num o noutro caso, se algum fato ocorresse, ou algum estado cessasse. Começou-se por apurar, antes, a natureza do perdão, e terminou-se por se atender, disse-se, ao lado prático da questão. Em verdade, não foi o que ocorreu.

Caminhou-se em profundidade, analisando-se o perdão.

2. *Solução da questão. (a)* A disposição a perdoar, o propósito de vir, algum dia, ou com a sucessão dos fatos, a perdoar, a própria tentativa de reconciliação, a inclinação a perdoar, não são, ainda, perdão. Nem no é o simples entendimento entre as duas pessoas em relação de ofensor e ofendido.

(b) O perdão tem conteúdo, e esse conteúdo pode ser condicional, o que não é contra a natureza do perdão.

Apenas o perdão somente é quando a condição se verifica. Se a condição é contra o caráter ético do conteúdo, como se a mulher perdoou o adultério do marido sob a condição de lhe comprar um cão (exemplo de G. Ltittgert, Die Verzeihung, *Zeitschrift for Kirchenrecht,* X, 98), ou sob a condição de lhe comprar uma jóia, a condição não é apanhada pela regra jurídica referente ao perdão *(=* considera-se não-condicional o perdão); cf. E Freudenberg, *Die Verzeihung,* 67).

(c) A condição suspensiva e a reserva não podem atuar como algo pós-juridicização; e sim como elemento fático. Nada se reserva, ou suspende. Não é à eficácia que se dirige aquela, ou essa; é à existência mesma do perdão. Por isso, não há condição resolutiva do perdão (O. Warneyer, *Kommentar* II, 720): teria de aparecer após a juridicização, o que seria impossível, devido à natureza juridica do perdão.

§ 247. Firmeza do assentimento à infração

1. *A questão da revogabilidade.* Fala-se em revogação do assentimento à infração, de que surgiria fato jurídico; *e.g.,* ao adultério. Tal revogação não se pode dar, como se não revoga, *sequer,* o perdão. Revogar é retirar a *vox;* não há *vox* no assentimento à infração, de que surgiria a infração. Na doutrina e na jurisprudência alemãs, falou-se, e fala-se, de revogabilidade, por exemplo, do assentimento ao adultério, mas isso apenas denota que se não desceu ao fundo do problema. O assentimento, que se deu, excluiu os adultérios como suportes fáticos suficientes do fato jurídico do adultério: se foi assentimento especial, é, necessariamente, limitado no tempo, de modo que a revogação apanharia atos que nenhuma relevância tiveram para o direito; se foi geral, não limitado no tempo, *cessa* com a sua não-produção: cessar de assentir não é revogar; revogar é *menos* A, cessar de assentir é *não-A*. Os atos, que vinham sendo praticados e não eram suficientes para compor o suporte fático da infração, porque os apagava, ao longo do tempo, o assentimento a eh não entraram agora no mundo jurídico; os que agora se praticam não sofrem desfalque pelo assentimento (pois que, *ex hypothesi,* assentimento não *mais* há) e entram no mundo juridico. Assim, a jurisprudência alemã e a doutrina *(e.g.,* **O.** Warneyer, *Kommentar.* II, 703), que trataram da revogabilidade do assentimento à infração, de que surgiria o fato jurídico e, até, exigiram o ser expressa a declaração (Reichsgericht, 4 de novembro de 1901), destoaram de investigação cientifica do problema. Também a respeito da eficácia da propositura da ação de divórcio (ou, nos paises que só têm a separação judicial, da ação de separação judicial), não foi feliz a jurisprudência alemã: o Reichsgericht, a 13 de abril de 1908, entendeu que tal propositura revogava, com efeitos jurídicos, o assentimento ao adultério. Ora, tal propositura só teria eficácia para o futuro; a figura não seria, pois, a da revogação , e sim a da cessação do assentimento.

2. *Termo e condição.* O assentimento não pode ser condicional, nem a termo. Tampouco, caberia falar-se de anulabilidade por erro, dolo ou violência: se houve erro, dolo, ou violência, assentimento não houve. Trata-se de dado fático, e não de negócio jurídico, ou de ato jurídico *stricto sensu,* a que se pudessem referir os arts.

81, 82, 86-91, 92-97, 98-101, 145-158; os fatos jurídicos *stricto sensu* e os atos-fatos jurídicos nada têm com o plano da validade, só lhes interessa o da existência e da eficácia; *a fortiori,* os elementos fáticos

que não são, sequer, fatos juridicos. O assentimento a atos-fatos e a atos ilícitos, que, *por isso,* não se juridicizam, não são, sequer, fatos jurídicos: ficam do lado de fora do mundo jurídico, como simples suportes fáticos de regras jurídicas pré-excludentes.

§ 248. Quase-contratos

1. *Conceito superado.* Diziam-se quase-contratos certos fatos jurídicos que produziam efeitos semelhantes aos dos contratos; mas o conceito foi superado. Apontavam-se, em geral, como espécies: A) O enriquecimento *sine causa* ou ***ex*** *iniusta causa,* que dizer o locupletamento pela diminuição na esfera jurídica de outrem, sem *base em direito,* ou de modo oposto ao direito ***(ex*** *iniusta causa);* o que dava àquele, à custa de quem se operou o enriquecimento, a *condictio* contra o enriquecido, que teria de prestar o com que se locupletou injustificadamente (no direito clássico, ainda não era o enriquecimento a medida da responsabilidade, o que só se firmou no Corpus luris, 1, 15, *pn,* interpolada, D., *de condictione causa data causa* non *secuta,* 12, 4; cf. A. von Tuhr, *Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung,* 7 s.; R. Sohm, *Institutionen,* 17ª ed., 555). O enriquecimento podia ser pela aquisição de propriedade *(condictio rei,* inclusive *certae pecuniae),* de crédito abstrato *(condictio liberationis,* cf. H. H. Pflúger, Condictio *und kein Ende,* 74 s.) e de posse *(condictio possession is).* Era preciso (e é) que se houvesse transferido a propriedade para que se desse a *condictio (rei).* Onde cabe a reivindicação, a propriedade não se transferiu; cabe a *condictio (rei),* se a reivindicação não cabe e estão satisfeitos os pressupostos daquela. *Rei vindicatio* e *condictio rei* excluem-se uma a outra. Quem perde a reivindicatória pode ir a juizo com a *condictio (rei):* ficou assente que há *titulus* e a aquisição é "indevida". Na *condictio,* desce-se à causa; a aquisição foi sem causa, ou de causa injusta, *a)* A *solu tio indebiti* (pagamento indevido), pois que se solveu divida que não existia, é *sine causa.*

A dação *oh causam,* isto é, a entrega de bens com a expectativa de não se realizar acontecimento futuro, gera a *condictio oh causam datorum* (ou *condictio causa data causa non secuta),* se ocorreu o que se não

esperava. No contrato real inominado (troca), o que já cumprira a sua prestação podia exigir o cumprimento da prestação do outro contraente (pela *actio praescriptis verbis),* ou, pela *condictio causa data causa* non *secuta,* a devolução *(ius poenitendi, condictio propter paenitentiam,* introduzida pelos compiladores, para simetria com a *actio fiduciae,* em caso de *mancipatio* e de *in iure cessio,* O. Gradenwitz, *Interpolationen* in den *Pandekten,* 146 s., sem razão, O. Karlowa, *Rõrnische Rechtsgeschichte,* II, 771 s.). Idem, o dar inutilmente, isto é, o dar para conclusão de negócio jurídico causal a que vem a faltar a manifestação de vontade (concordante) do outro (futuro) figurante. De um lado, houve manifestação de vontade e o *dare;* do outro, não. Não seria possível ação para haver a coisa, fundada em negócio jurídico que se não concluiu; a *condictio sine causa* é que provia ao restabelecimento da justiça. Assim também, se a coisa não ia às mãos daquele a quem deveria ir, e sim às de outrem. A *causa finita (e.g.,* a doação após a revogação) é caso de causa nenhuma; a *condictio sine causa* é a adequada. *b)* O enriquecimento com injusta causa *(ex iniusta causa)* supõe contrariedade a direito. No caso de furto, o proprietário tinha contra o ladrão a *condictio furtiva,* nome que vem dos tempos justinianeus, para haver a coisa ou a indenização (aliás, antes de Próculo, não se exigia à *condictio rei* o ter-se transmitido a propriedade, e cabia o *dare oportere* ainda pelo ladrão, E.

1. Bekker, *Die Aktionen,* 1, 105; L. Mitteis, *Rõmisches Privatrecht,* 1, 58). O direito civil brasileiro, como o direito civil alemão, não mais tem a *condictio furtiva.* Não se propõe contra o ladrão a *condictio,* a ação de enriquecimento indevido (quase *ex contractu);* são de propor-se a ação de reivindicação e a de indenização pelo ato ilícito (art. 159). No direito anterior ao Código Civil, qualquer pessoa que tivesse interesse em repetir o furto podia propor a *condictio furtiya* (Manuel Álvares Pêgas, *Resolutiones Forenses,* VI, 426:

"...non est necesse, quod ilIe, apud quem res furata sit, sit dominus illius, vel non, dummodo illius intersit furtum non fuisse factum"). Advertimos, em 1918 (nota a Correia Teles, *Doutrina das Ações,* 259), que a ação de indenização a propor-se seria a de ato ilicito. O *dare oh turpem causam, a* entrega de bens cuja aceitação foi imoral, enseja a *condictio* ob *turpem causam,* para se pedir a devolução, salvo se também imoral a entrega (cf. Código Civil, art. 971). Se A foi obrigado a dar a E x, para resgate, condiciona por x; se A deu *a* para que 8 ateasse fogo nas matas de C, A não pode repetir Também é *dare ex iniusta causa* pagar dívida de objeto proibido por lei *(e.g.,* juros de usura). As distinções datam dos compiladores bizantinos do *Corpus luris* (A. Pernice, *Labeo,* III, 234 s.).

E) O Pretor romano introduziu a obrigação *ex quasi contractu* dos marinheiros, albergueiros e estalajadeiros pelo que receberam dos viajantes *(actio de recepto).* Inicialmente, *pactum praetorium,* fez-se legal com Justiniano; no *Corpus luris,* tudo se passa como se contrato se houvesse concluído (cf. L. Mitteis, *Das Receptum nautarum in den Papyrusurkunden, Verh. der kgl. sàchs.Ges. der Wiss.,* Phil.-Historische Klasse, 62, 270 s.). Não mais se pôs a cláusula. Ao contrário: a cada momento aparecia a cláusula excluindo a força maior (R Oxyrhynchus, 1, 144, ano de 580). Donde dever-se concluir que, no direito pós-justinianeu, a responsabilidade compreendia a responsabilidade pela força maior e só a cláusula podia exclui-la. Se foi (Lusignani, *Studi sopra la responsabilità per custodia secondo ii diritto romano,* 1, 25 s.**;** L.Mitteis, *Das receptum nautarum,* 270 s., ou não, reforma justinianéia (Costa, 1, *contratti di lavoro nei papiri greco-egizii, Memorie di Bologna,* VI, 12 s.), ainda é difícil decidir-se.

Recebemos, no direito anterior ao Código Comercial, tal ação de recepto, que se procurava fundar nas Ordenações, Livro V, Título 74, e para a qual se invocavam a L. 1, § 8, e a L. 2, D., *nautae caupones stabularii ut recepta restituant,* 4, 9. Manuel Alvares Pêgas *(Resolutiones Forenses,* 1, 123 s.) frisava a culpa levissima: ainda que haja a entrega de chaves ao viajante ou hóspede, respondia; não se eximia protestando não se responsabilizar, pois que é adstrito a responder aquele que transporta, ou hospeda, posto que, antes de receber o viajante, ou hóspede, pudesse não no querer *(sed post susceptum nequeunt hospites reiicere).*

Melchior Febo *(Decisiones,* d. 149, 28) serviu-lhe de base.

Não temos, hoje, a ação de recepto. Os sistemas jurídicos conceberam o transporte e a hospedagem como contratos, ainda quando tenham de ser contratos de adesão. A lei mesma põe o dever e a obrigação de concluir o contrato; de regra, como corolário da situação especial da exploração de serviços que se hão de prestar ao público. Isso não quer dizer que os deveres e obrigações do transportador ou hospedeiro não derivem da "aquisição" do bilhete, ou da passagem, ou da inscrição na portaria do hotel, ou entrega, ainda simbólica, das chaves. A objeção maior é a de ter o correio de remeter a carta que o absolutamente incapaz lhe entrega; porém esse argumento não exclui, de si só, que se trate de contrato: tem-se de entender que o absolutamente incapaz apenas foi o podador material, e presume-se que o seu representante esteja informado, tal como acontece com as cartas que o diretor das casas de saúde permite que o mentalmente insano ou qualquer deles

ponha na caixa do correio.

C) A *negotiorum gestio,* ou trato de interesses alheios sem qualquer mandato, ou missão, criava e cria relação jurídica semelhante à do mandato. O dono do negócio tinha, em direito romano, direito a que o manejo dos seus interesses fosse com *omnzs diligen tia.* A esse direito correspondia a *actio negotiorum gestorum directa.* As mais recentes investigações são no sentido de ter-se começado pela gestão de negócios processuais do amigo ausente (cf. 3. Partsch, Studien zur *negotiorum gestio, Heidelb.*

Akademie der Wissenschaft, 12 Abh.). Depois, através de *utiles actiones,* foi que se chegou à configuração geral do instituto. O mandatário tem todo poder que se compreenda no seu mandato; o gestor de negócio só o tem para o que for útil ao *dominus negotii.* Bastaria ser *utiliter coeptum;* não precisaria que também o fosse o resultado (cf. ads. 1.331 e 1.339). A gestão contra a vontade do dono do negócio é ato ilícito, *inutiler gestum;* mas pode dar-se responsabilidade pelo enriquecimento (arg. ao art. 1.340).

D)

A comunhão *pro indiviso* (comunhão em partes ideais, *pro partibus indivisis)* tem parecenças com a sociedade. Por isso foi considerada quase-contrato, se incidente (chamada *cornmunro incidens).* Cada um tinha obrigação à divisão, salvo contrato de exclusão da divisão (L. 14, § 2, D., communi *dividundo,* 10, 3)

"intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest" (dentro em certo tempo, que aproveite à qualidade da própria coisa). Diferente, o Código Civil alemão, § 749, que apenas ressalva a denúncia cheia; mais determinado, pelo princípio de sub-rogação do qualitativo pelo quantitativo (técnica legislativa), o art.

629, parágrafo único (termo de cinco anos, susceptível de prorrogação ulterior).

E) A herança, antes da partilha, também se tinha como quase-contrato. A concepção romana da sucessão levara a isso.

F) À *facultas exhibendi* do obrigado á exibição correspondiam a pretensão e a ação do que tinha interesse na exibição *(actio ad exhihendum).* Nem todos os que poderiam exibir estão obrigados a

isso. Entendia-se que há, se obrigação existe, quase-contrato.

2. *Terminologia contemporânea.* Já hoje a expressão "quasecontrato" é pouco usada e desaconselhada. Por outro lado, imprópria, porque de modo nenhum se há de pensar, nas espécies, de quase-contratar. A classificação dos fatos jurídicos, a que procedemos, é exaustiva; e os chamados quase-contratos espalharam-se por algumas classes.